FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. CAPOTORTI FREMSAT DEN 22. FEBRUAR 1979 [1]

Høje Ret.

1. Jeg skal først kort resumere de væsentligste faktiske omstændigheder. Sagsøgerinden, fru Gilbeau, som er ansat som tjenestemand i kategori B ved Kommissionen, deltog i 1975 i den interne udvælgelsesprøve KOM/LA/11 til oprettelse af en reserveliste med henblik på besættelsen af ledige stillinger i stillingsgruppe LA 8/LA 7 (assisterende oversætter). I de obligatoriske og fakultative prøver opnåede hun samlet 61 points, hvormed hun, blandt de fransksprogede ansøgere, som blev udvalgt, placerede sig som nr. 1 sammen med en anden ansøger, frk. F. Også en hr. L., som havde opnået et færre antal point, blev fundet egnet.

Såvel fru Gilbeau som frk. F. blev af administrationen tilbudt ansættelse ved Kommissionens tjenestegrene i Luxembourg, men afslog begge tilbudet. Den tredje ansøger derimod accepterede og blev forskriftsmæssigt ansat. I løbet af 1976 blev der ved Kommissionens tjenestegrene i Bruxelles to stillinger ledige for fransksprogede oversættere: i den ene blev udnævnt frk. F., mens den anden blev besat ved at overflytte en i Luxembourg ansat tjenestemand til Bruxelles. Listen over egnede ansøgere ved nævnte interne udvælgelsesprøve, hvis gyldighed skulle have ophørt den 31. december 1976, blev forlænget til den 28. februar 1977. Efter udløbet af den sidste frist ophørte listen med at være gyldig, og fru Gilbeau var hermed den eneste af de tre udvalgte ansøgere, som ikke var blevet ansat i stillingsgruppe LA 8/LA 7.

Disse omstændigheder er baggrunden for den klage, som fru Gilbeau indgav til ansættelsesmyndigheden den 28. maj 1977, og som var begrundet med, at »beslutningen om ikke at udnævne hende til assisterende oversætter i Bruxelles« indebar forskelsbehandling til skade for hende. Fru Gilbeau krævede denne situation afhjulpet ved at blive udnævnt» i en stilling som assisterende oversætter ved Kommissionens oversættelsestjeneste i Bruxelles«. Da klagen forblev ubesvaret, anlagde hun sag ved Domstolen den 23. december 1977 med påstand om annullation af det stiltiende afslag på klagen og af Kommissionens afslag på at udnævne hende i en stilling som assisterende oversætter i kategori LA, eller alternativt, yderligere forlængelse af gyldighedsperioden for den interne udvælgelsesprøve i 1975.

2. Kommissionen har påstået sagen afvist under henvisning til, at den af fru Gilbeau indgivne klage ikke er i overensstemmelse med vedtægtens artikel 90, stk. 2, hvorved den første betingelse i artikel 91, stk. 2, for at antage en efterfølgende sag til realitetsbehandling, ikke er opfyldt. Det er Kommissionens opfattelse, at der ikke nævnes nogen retsakt af skadegørende karakter i klagen, men at der alene rejses krav om, at en situation, som anses for urimelig, afhjælpes af

1 — Oversat fra italiensk.

ansættelsesmyndigheden. Selv om man i øvrigt antog, at den pågældende klage angik en foranstaltning, som Kommissionen havde undladt at vedtage, men som var foreskrevet i vedtægten, skulle den pågældende forud for klagen have indgivet en ansøgning efter artikel 90, stk. 1, idet klagen ellers ikke er forskriftsmæssig.

Efter min opfattelse giver de af Kommissionen anførte betragtninger ikke tilstrækkeligt grundlag for at afvise sagen.

Det er på sin plads først at nævne, at formålet med den opligatoriske klage, som blev indført med ændringerne til tjenestemandsvedtægten i 1972, var at nedsætte antallet af retstvister ved en slags første filtrering af sagerne på administrativt niveau og dermed åbne vej for en fredelig bilæggelse. For at undgå faren for at overflødige processuelle komplikationer indskrænker muligheden for domstolsbeskyttelse i tilfælde, hvor striden ikke bilægges på administrativt niveau, må reglerne herom ikke fortolkes formalistisk. Denne opfattelse, som er fleksibel, og som respekterer de forskellige interesser, der står på spil, bekræftes af Domstolens nyere retspraksis: jeg skal henvise til dommen af 12. marts 1975 i sag 23/72, Küster (Sml. 1975, s. 353), hvori det hedder, at »selv om ... ansøgning[en] eller klage[n] skal angive klagens gestand og grunde ... er det ikke allerede på dette ... stade nødvendigt at angive de eventuelle søgsmålsgrunde«; jeg skal endvidere henvise til dommen af 30. oktober 1974 og 1. juli 1976 i sag 188/73 Grassi (Sml. 1974, s. 1099) og sag 58/75 Sergy (Sml. 1976, s. 1139), hvori det, i forbindelse med problemet om overensstemmelse mellem klagens genstand og genstanden for den sag, der anlægges, fastslås, at bestemmelsen i vedtægtens artikel 90 ikke har til formål at afgrænse indholdet af en eventuelt senere retssag strengt og endegyldigt.

I den foreliggende sag har sagsøgerinden gjort gældende, at undladelsen af at udnævne hende som assisterende oversætter i Bruxelles inden udløbet af gyldighedsperioden for listen over egnede ansøgere ved den udvælgelsesprøve, hvor hun var blevet placeret som nr. 1, ikke blot var en retsakt, som forvoldte hende skade, men den var også ulovlig og forskelsbehandlede hende i forhold til den anden, som ved samme udvælgelsesprøve delte førstepladsen med hende. Hun indgav klage mod denne retsakt »i medfør af vedtægtens artikel 90«, hvori hun rejste krav om at blive udnævnt i en stilling som assisterende oversætter; klagen blev indgivet inden tre måneder fra den dato, hvor egnethedslistens gyldighed udløb. Hun syntes således at have støttet sig på den overbevisning, at Kommissionen, når henses til resultaterne ved udvælgelsesprøven (sagsøgerinden placerede sig som nr. 1) og de ledigblevne stillinger, var forpligtet til at udnævne hende i den stilling, som hun var blevet erklæret for egnet til at bestride, inden listens gyldighed udløb.

For så vidt angår vedtægtens artikel 90, stk. 2, kan den skadelige retsakt, som er klagens genstand, som bekendt også bestå i, at ansættelsesmyndigheden har forholdt sig passivt, altså at den har »undladt at træffe en i vedtægten foreskrevet foranstaltning«. I den foreliggende sag gøres det gældende, at den ulovlige foranstaltning er administrationens undladelse af at udnævne sagsøgerinden. Under hensyn hertil kan betingelsen i artikel 91, stk. 2, efter min opfattelse følgelig anses som opfyldt. Heroverfor kan det ej heller gøres gældende, at sagsøgerinden først skulle have opfordret administrationen til at handle efter artikel 90, stk. 2, tredje led, og at

hun først kunne have indgivet klage, når denne betingelse var opfyldt. Man må således i det foreliggende tilfælde tage med i betragtning, at ansøgningen ikke var nødvendig, idet der i meddelelsen om udvælgelsesprøven var fastsat en frist for reservelistens gyldighed, udover hvilken administrationens undladelse fik definitiv karakter. Tilbage bliver naturligvis at prøve i realiteten, om den forpligtelse for administrationen til at handle, som ifølge sagsøgerinden er overtrådt, faktisk er en i vedtægten foreskrevet foranstaltning, og følgelig, om administrationens adfærd må betegnes som ulovlig. Men undersøgelsen af dette spørgsmål vedrører sagens realitet, og hvad angår den forudgående stillingtagen til afvisningspåstanden, forekommer sagsøgerinden mig at have formuleret søgsmålet på en sådan måde, at man kan gå over til en undersøgelse af sagens realitet.

3. I klagen gjorde sagsøgerinden gældende, at Kommissionens stiltiende afvisning af klagen var ulovlig som følge af manglende begrundelse, men dette anbringende er ikke senere blevet gentaget, hverken i replikken eller under den mundtlige forhandling.

Om dette punkt er det tilstrækkeligt at henvise til sidste punktum i artikel 90, stk. 2, hvorefter undladelse af at afgive svar på klagen inden for en frist af fire måneder fra den dag, hvor klagen er indgivet, »anses ... som en stiltiende afvisning, der kan gøres til genstand for en klage i henhold til artikel 91«, dvs. et søgsmål ved Domstolen. Denne retsregel foreskriver således udtrykkeligt, i overensstemmelse med de retsgrundsætninger, der gælder i flere medlemsstater på dette område, at administrationens passivitet skal sidestilles med en ikkebegrundet beslutning. Herudover må det betænkes, at søgsmålet ganske vist har til formål at berøve beslutningen om afvisning af klagen enhver retsvirkning, men i det væsentlige er rettet mod de af administrationens retsakter eller undladelser, som direkte har grebet ind i tjenestemandens retlige status og dermed har givet anledning til klagen.

4. Til støtte for sin opfattelse, at Kommissionen har handlet ulovligt ved at undlade at udnævne hende i stillingen som assisterende oversætter og ved at afslå en yderligere forlængelse af egnethedslistens gyldighed, anfører sagsøgerrgtinden, at Kommissionen har overtrådt forpligtelsen til at sikre sine tjenestemænd en normal karriere, og mere generelt overtrådt de forpligtelser, der følger af vedtægtens artikel 24. Hun har endvidere anført, at der foreligger magtfordrejning, hvilket har medført, at hun klart er blevet forskelsbehandlet og har lidt skade derved.

Som sagsøgerinden nærmere har redegjort for under den mundtlige forhandling, er tjenestemandens angivelige ret til en normal karriere kun en af de former, hvorunder retten til bistand fra Fællesskabet kommer til udtryk (artikel 24, 1. afsnit); men den side af den »bistandsret«, som sagsøgerinden særlig har lagt vægt på, er dog videreuddannelsen. Det er derfor tilstrækkeligt at henvise til artikel 24, 3. og 4. afsnit, ifølge hvilken Fællesskabet »giver tjenestemanden mulighed for at videreuddanne sig fagligt i det omfang, det kan forenes med kravene om tjenestegrenenes tilfredsstillende funktion« samt, »at der [også] tages hensyn til denne videreuddannelse, for så vidt angår karriereforløbet.«

Jeg skal først bemærke, at henvisningen til artikel 24, 3. afsnit, ikke forekommer mig relevant. Sagsøgerinden har ganske vist udfoldet store anstrengelser for at nå et højere fagligt niveau, men der findes ingen holdepunkter for at antage, at Kommissionen skulle have hindret

hendes videreuddannelse eller blot undladt at give hende mulighed herfor. Det må ikke glemmes, at sagsøgerinden havde mulighed for at deltage i udvælgelsesprøven til den stilling, som interesserede hende, at hun benyttede sig af den »fremskyndede forberedelse«, som Kommissionen iværksatte, at hun gennem placeringen opnåede anerkendelse af sit egnethedsniveau, og endelig at hun blev tilbudt en stilling som assisterende oversætter, omend på et tjenestested, der ikke passede hende.

Herefter kommer jeg til bestemmelsen i artikel 24, sidste afsnit, hvorom jeg skal bemærke, at der er forskel mellem »videreuddannelse[n], for så vidt angår karriereforløbet« inden for den kategori eller tjenestegruppe, som tjenestemanden er udnævnt i — en videreuddannelse som sker gennem forfremmelser, foretaget efter en sammenligning af de pågældendes fortjenester — og den overgang til en højere kategori eller tjenestegruppe, som kun kan finde sted på grundlag af en udvælgelsesprøve (vedtægtens artikel 45, stk. 2). I betragtning af den klare forskel mellem de to former for tjenstlig opstigning, mener jeg, at institutionerne i medfør af nævnte artikel 24 er forpligtet til at tage hensyn til de pågældendes videreuddannelse (afsluttede studier og lignende), navnlig ved forfremmelser på grundlag af en sammenligning af fortjenester. Når der derimod er tale om overgang til en anden kategori eller tjenestegruppe, er det inden for rammerne af udvælgelsesprøven (og følgelig efter de almindelige regler herfor og de særlige regler i meddelelsen om udvælgelsesprøven), at der eventuelt tages hensyn til ansøgernes kvalifikationsbeviser og derudover normalt foretages en direkte efterprøvelse af den forberedende uddannelse (vedtægtens artikel 29). Kommissionen har derfor, efter min opfattelse med rette, i sit indlæg fremhævet, at ansættelsesmyndigheden, for så vidt angår overgangen til en anden kategori, opfylder sine forpligtelser efter artikel 24, sidste afsnit, ved at afholde interne udvælgelsesprøver for sine tjenestemænd og herved give dem mulighed for at erhverve visse karrierefordele.

5. Selv om man antog, at artikel 24, sidste afsnit, også finder anvendelse på overgangen fra en kategori til en anden på grundlag af en udvælgelsesprøve, synes sagsøgerindens anbringender i øvrigt ikke at have støtte i de faktiske omstændigheder.

Hvad angår muligheden for udnyttelse af egnethedslisten i tiden fra udvælgelsesprøvens afslutning indtil februar 1977, har de ved Domstolen afhørte vidner (Ciancio og Baxter, som er henholdsvis direktør for Kommissionens oversættelses- og reproduktionstjeneste og direktør for Kommissionens personaletjeneste) erklæret, at der i denne periode kun var blevet to stillinger ledige i Bruxelles for franskprogede oversættere, hvoraf den ene blev besat med den anden deltager, som også var blevet udvalgt som nummer 1, frk. F., mens den anden blev besat ved overflyttelse af en tjenestemand fra Luxembourg. Hvad angår perioden fra udløbet af listens gyldighed til sagsanlægget, blev de to andre stillinger, der blev ledige i Bruxelles i disse måneder, ifølge de samme vidner, besat ved overflyttelse af en tjenestemand, som var ansat i en anden institution, og ved en overflyttelse fra Luxembourg til Bruxelles.

Fru Gilbeau har ikke bestridt gyldigheden af den anden udvalgte deltagers, frk. F.'s, udnævnelse med tjenestested i Bruxelles, men synes at beklage sig over det forhold, at ansættelsesmyndigheden foretrak at besætte de stillinger, som senere blev ledige i Bruxelles såvel før som efter udløbet af listens gyldighed, med andre end hende.

Hvad angår administrationens adfærd forud for udløbet af listens gyldighed, består problemets kerne efter min opfattelse i at afgøre, om en ansættelsesmyndighed, når der opstår en ledig stilling, som kan besættes enten ved forflyttelse af en tjenestemand inden for samme institution eller ved at udnævne en af de ansøgere, som er blevet udvalgt og opført på egnethedslisten, bør foretrække den første eller den anden løsning. Sagsøgerinden har under den mundtlige forhandling gjort gældende, at den, der er placeret som nummer 1 ved en udvælgelsesprøve, må have absolut prioritet, når der opstår en ledig stilling; denne opfattelse er der imidlertid ingen som helst støtte for i vedtægtens artikel 29, som efter min opfattelse tværtimod i et vist omfang synes at prioritere overflyttelse inden for den enkelte insitution (jf. herom dommen af 5. 12. 1974 i sag 176/73 Van Belle, Sml. 1974, s. 1361). I øvrigt var det forhold, at man foretrak en overflyttelse ikke i det foreliggende tilfælde til skade for sagsøgerindens interesse i at blive udnævnt i en højere kategori (fru Gilbeau afslog alene, fordi udnævnelsen var betinget af tjenestested i Luxembourg). Hun blev alene udelukket fra at blive ansat ved Kommissionens tjeneste i Bruxelles. Det forhold, at Kommissionen valgte en tjenestemand med større anciennitet og foretrak denne frem for en anden, som endnu ikke havde fået adgang til en højere kategori, er efter min opfattelse udtryk for en korrekt afvejning af hensynet til tjenestens tarv, som sikres gennem den større erfaring, der sandsynligvis findes hos en i forvejen ansat tjenestemand, på den ene side og på den anden side hensynet til den tjenestemand, som ønsker at blive ansat på et tjenestested, der passer vedkommende bedre, og som i kraft af sin anciennitet allerede har en forventning i så henseende.

Jeg mener derfor ikke, at administrationen ved at undlade at udnævne fru Gilbeau i en stilling som assisterende oversætter i Bruxelles, mens egnethedslisten endnu var gyldig, har overtrådt vedtægtens artikel 24 eller 29.

Også vurderingen af administrationens adfærd efter udløbet af egnethedslistens gyldighed fører efter min opfattelse til samme resultat. I den forbindelse må det først bemærkes, at såfremt man udelukker — hvilket jeg mener er tilfældet — at administrationen var forpligtet til at udnævne fru Gilbeau før listens gyldighed udløb og til at forlænge denne listes gyldighed (hvilket jeg om et øjeblik skal komme ind på), synes den måde, hvorpå besættelsen af stillingerne for franskprogede oversættere i Bruxelles efter den 28. februar 1977 fandt sted, ikke at have betydning for den foreliggende tvist. Jeg skal imidlertid bemærke, at de to tjenestemænd, som blev ansat i Bruxelles i den anden halvdel af 1977, ifølge udsagn fra vidnet Baxter, begge var i en højere lønklasse (LA 6) end den, der ville være tilkommet sagsøgerinden ved en udnævnelse. Jeg behøver ikke her på ny at komme ind på de ovenfor nævnte betragtninger vedrørende Kommissionens ret til at foretage en overflyttelse i stedet for at udnævne den, der er blevet placeret som nummer 1 ved en udvælgelsesprøve med henblik på oprettelse af en reserveliste, samt vedrørende fru Gilbeau's afslag på tilbudet om at tiltræde en stilling i Luxembourg.

Det kan efter min opfattelse udledes af disse overvejelser, at der ikke er grundlag for at kritisere Kommissionens adfærd som værende i strid med vedtægtens artikel 24 eller 29, ej heller for den periode der ligger efter februar 1974.

6. Hvad angår undladelsen af at forlænge egnethedslisten (et anbringende

som sagsøgerinden fremførte i stævningen, men ikke senere har udviklet yderligere), skal jeg indskrænke mig til at bemærke, at Kommissionens adfærd i så henseende var konsekvent og i overensstemmelse med tjenestens interesse. Efter en første forlængelse på to måneder lod Kommissionen listens gyldighed ophøre, fordi den agtede at afholde en anden udvælgelsesprøve, hvilket også skete (se EFT af 22. 3. 1977); på den anden side tror jeg ikke, at det er god forvaltningspraksis at forlænge en egnethedslistes gyldighed alt for meget. Desuden fremgår det, at man ikke på det pågældende tidspunkt (februar 1977) regnede med, at der blev stillinger ledige for franskprogede oversættere, som ikke også havde et godt kendskab til tysk, hvilket ikke var tilfældet med fru Gilbeau, som ved den foreliggende udvælgelsesprøve havde opnået 4,5 ud af 20 points i den fakultative tyskprøve.

7. Det sidste anbringende, som sagsøgerinden har gjort gældende over for den omstændighed, at hun ikke blev udnævnt, og at listens gyldighed ikke blev forlænget, går ud på, at disse to handlemåder begge er behæftede med magtfordrejning, idet de beror på overvejelser, som er uvedkommende for institutionens interesser og i strid hermed.

I replikken anfører sagsøgerinden en række omstændigheder, der efter hendes opfattelse i deres helhed viser, at ansættelsesmyndigheden bevidst havde til hensigt at skade hende ved at forhindre hende i at opnå placering i en højere kategori. I særdeleshed har visse tjenestemænd anklaget fru Gilbeau for at være for ambitiøs og for at ville gøre for hurtig karriere, idet hun kun er begyndt i kategori C og er kvinde. Efter min opfattelse er disse indicier imidlertid upræcise, de er ikke bekræftet af de foreliggende beviser og under alle omstændigheder ikke tilstrækkelige til at understøtte den opfattelse, at der skulle foreligge magtfordrejning.

Ved første blik kan det undre, at fru Gilbeau var den eneste af de tre ansøgere, som blev udvalgt ved den interne udvælgelsesprøve, der ikke opnåede at blive udnævnt i kategori LA; man må imidlertid holde sig for øje, at den ansøger, der blev placeret som nummer sidst, accepterede at tage tjenestested i Luxembourg, og at fru Gilbeau nu ville have været placeret i den ønskede kategori, hvis hun havde gjort det samme. Tilbage bliver, at den anden ansøger, som placerede sig som nummer 1 med samme antal points, ikke blot blev udnævnt men også ansat i Bruxelles; kan dette anses for forskelsbehandling til skade for fru Gilbeau? I den forbindelse er det tilstrækkeligt at anføre, at man kun kan tale om forskelsbehandling, såfremt der ikke er noget som helst objektivt grundlag for at behandle to personer, som befinder sig i de samme eller i sammenlignelige situationer, forskelligt. Det foreliggende valg begrunder generaldirektøren for personale og administration, Baichère, ved en skrivelse af 27. april 1976 (bilag V til Kommissionens svarskrift) med, at det beror på en »sammenligning af de to ansøgeres fortjenester og navnlig af »udtalelserne« om dem, deres nuværende lønklasse, alder samt anciennitet i tjenesten«. Valget kan derfor ikke efter min opfattelse anses for vilkårligt eller ubegrundet. Og som jeg tidligere har sagt, fremgår det desuden af vidneafhøringerne, at alle de stillinger (i alt 4) for franskprogede oversættere, som blev ledige i Bruxelles før eller efter

udløbet af egnethedslistens gyldighed, blev besat med tjenestemænd, som af objektive grunde burde foretrækkes frem for sagsøgerinden.

8. Af de anførte grunde foreslår jeg, at Domstolen frifinder Kommissionen i den af fru Gilbeau ved stævning af 23. december 1977 anlagte sag. Hvad angår sagsomkostningerne foreslår jeg, at Kommissionen i medfør af procesreglementets artikel 70 selv bærer de udgifter, den har afholdt.