FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIR GORDON SLYNN
fremsat den 24. februar 1987 *

Høje Domstol.

Den 15. februar 1985 offentliggjorde Kommissionen i De europæiske Fællesskabers Tidende en meddelelse om en almindelig udvælgelsesprøve KOM/B/416 med henblik på oprettelse af en ansættelsesreserve af assistenter i lønklasse 5 og 4 i kategori B, hvis arbejde navnlig ville omfatte »forberedelse af manuskripter i sproglig og typografisk henseende samt korrekturlæsning«.

De særlige betingelser omfattede en aldersgrænse. Ansøgerne skulle være født efter den 15. februar 1949 og før den 16. februar 1967. Aldersgrænsen gjaldt dog ikke for ansøgere, der »mellem datoen for offentliggørelsen af nærværende nummer af De europæiske Fællesskabers Tidende og den 29. marts 1985 i mindst ét år uden afbrydelse har været knyttet som tjenestemænd eller øvrige ansatte til De europæiske Fællesskaber«. Det bestemtes også, at aldersgrænsen ville blive hævet for ansøgere a) som havde passet spædbørn, b) som havde aftjent deres værnepligt, eller c) som havde et fysisk handicap.

Fru Souna, som er født den 1. november 1948, dvs. tre en halv måned før den tidligste tidsfrist, ansøgte om at deltage i udvælgelsesprøven. Den 6. august 1985 fik hun meddelelse om, at hendes ansøgning ikke kunne imødekommes, da hun ikke opfyldte betingelsen om aldersgrænsen. Hun faldt heller ikke ind under en af de ovennævnte undtagelser a), b) eller c).

Ved skrivelse af 24. august anmodede hendes advokat om, at udvælgelseskomiteen tog sagen op til fornyet overvejelse, da hun ikke påberåbte sig undtagelserne a), b) eller c), men den ovennævnte bestemmelse om uafbrudt ansættelse ved Fællesskaberne.

Ved skrivelse af 29. august fik hun meddelelse om, at hendes skrivelse var blevet forelagt udvælgelseskomiteen, men at man ikke ville være i stand til at gennemgå spørgsmålet på ny før midt i september. Den 26. september blev der sendt et telegram om, at udvælgelseskomiteen opretholdt sin beslutning om ikke at give hende adgang til prøverne, fordi hun var over aldersgrænsen.

Den 23. december 1985 anlagde hun denne sag, hvori hun har nedlagt påstand om, at afslaget på hendes ansøgning annulleres, og at hun tilkendes erstatning.

Kommissionen har fremsat indsigelse om, at sagen er anlagt for sent. Afvisningen af hendes klage skete den 6. august; sagen blev anlagt mere end tre måneder efter denne dato. Derfor må sagen afvises. Telegrammet af 26. september var »blot« en bekræftelse af den afgørelse, der blev meddelt den 6. august 1985.

Det kan jeg ikke tilslutte mig. Det er klart, at hun anmodede om en fornyet behandling af ansøgningen, navnlig på baggrund af, at hun havde været ansat uden afbrydelse ved De europæiske Fællesskaber, et punkt som

* Oversat fra engelsk.

ikke blev behandlet i skrivelsen af 6. august. Svartelegrammet henviste ikke udtrykkeligt til det specielle spørgsmål, som blev rejst af hendes advokat, men fastholdt blot, at hun ikke kunne få adgang til udvælgelsesprøven. Det er dog efter min opfattelse en afgørelse, som kan anfægtes. For det første antager jeg, at man virkelig, som udtalt, på ny undersøgte hendes forhold, og jeg anser resultatet for en ny afgørelse og ikke for en ren bekræftelse. For det andet skal telegrammet læses som en stiltiende afvisning af argumentet i hendes skrivelse (nemlig at hun havde været ansat uden afbrydelse), som ikke var blevet behandlet i den første afgørelse. I hvert fald i dette omfang var det en ny afgørelse. Sagen blev anlagt inden for tre måneder efter datoen for telegrammet og er derfor anlagt rettidigt. Sagen kan ikke afvises af den af Kommissionen påberåbte grund.

Kommissionen har vedrørende sagens realitet anført, at Souna ikke hører til »tjenestemænd eller øvrige ansatte ved De europæiske Fællesskaber«. Den har dog ikke påberåbt sig dette til støtte for, at sagen må afvises, jfr. at traktatens artikel 179, tjenestemandsvedtægtens artikel 91 og artiklerne 46, 73 og 83 i »ansættelsesvilkårene for øvrige ansatte« kun giver en tjenestemand eller de deri nævnte ansatte søgsmålsret ved Domstolen. På baggrund af Domstolens praksis gjorde Kommissionen efter min mening ret i ikke at fremføre denne formalitetsindsigelse. I en række sager har Domstolen accepteret, at personer, der for første gang søger ansættelse ved Fællesskaberne, og som ønsker at anfægte et afslag under udvælgelsesproceduren, kan gøre det og herved påberåbe sig artikel 70 i Domstolens procesreglement vedrørende omkostningerne, skønt de ex hypothesi ikke er tjenestemænd eller øvrige ansatte. Det ville være helt forkert, hvis en sådan person ikke kunne indbringe sagen for Domstolen. [Se sag 30/75, Prais mod Rådet, Sml. 1976, s. 1589, forenede sager 4, 19 og 28/78, Salerno mod Kommissionen, Sml. 1978, s. 2403; sag 12/84, Kypreos mod Rådet, dom af 27. marts 1985, Sml. s. 1005. Jfr. sag 43/84, Maag mod Kommissionen, (dom af 11. juli 1985, Sml. s. 2581), hvor sagsøgeren ikke blev betragtet som ansat, således at artikel 179 kunne finde anvendelse, men Domstolen fandt, at han kunne være omfattet af artikel 70 i Domstolens procesreglement vedrørende omkostninger i sager i henhold til artikel 95, stk. 3, der anlægges »af en tjenestemand eller anden ansat« ved en institution, da han ved sit søgsmål ønskede fastslået, at han havde status som ansat.]

Sagsøgeren har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er en tilsidesættelse af princippet om redelighed, som skal iagttages over for de ansatte, at den er i strid med Kommissionens egne regler, og at den er udtryk for forskelsbehandling. Hun har også gjort gældende, at afgørelsen ikke indeholder nogen begrundelse eller nogen tilstrækkelig begrundelse.

Det væsentlige første spørgsmål er, om hun »i mindst ét år uden afbrydelse har været knyttet som [tjenestemand] eller [øvrig ansat] til De europæiske Fællesskaber« — et spørgsmål, der både drejer sig om omfanget og regelmæssigheden af det udførte arbejde samt den egenskab, hvori det blev udført.

Under den mundtlige forhandling var parterne ikke enige om omfanget og regelmæssigheden af det udførte arbejde, skønt sagsøgeren havde fremlagt en bekræftelse fra Publikationskontoret af, at hun havde arbejdet i 402 timer fra 13. oktober 1980 til 4. januar 1981 og i alt havde tilbagelagt 822 arbejdsdage fra 7. januar 1981 til 30. april 1984. Parterne blev derfor bedt om skriftligt at besvare en række spørgsmål, og deres svar og kommentarer blev endeligt modtaget den 4. februar 1987.

De dokumenter, som sagsøgeren har fremlagt, viser, at hun fra oktober 1980 til 4. januar 1981 blev betalt på timebasis for arbejde udført i Athen, idet der gennemsnitligt var tale om ca. 40 timer om ugen undtagen den første uge. Ved telex af 19. december 1980 meddelte Athen-kontoret, at hun ville stå til rådighed til at påbegynde arbejdet ved Kontoret i Luxembourg den 7. januar 1981, og man anmodede Luxembourg om at »bekræfte aftalen«. Den 29. januar 1981 modtog hun et brev, hvori man forespurgte, om hun var villig til at »arbejde som freelancekorrekturlæser« for Kontoret i de følgende kalendermåneder »på de betingelser, der er fastsat i regulativet for freelance korrekturlæsere«, som var vedhæftet forsikringspolicen, og hvoraf der var blevet tilsendt hende en kopi, da hun »tidligere arbejdede for Kontoret«. Hun modtog åbenbart et lignende brev hver måned bortset fra, at der blev udelukket nogle få dage i nogle måneder (f. eks. august 1981, september og oktober 1982), og bortset fra, at de tidligere regulativer med virkning fra 1. januar 1984 blev erstattet af nye »conditions générales regissant les prestations des correcteurs indépendants« med tre bilag. For visse måneder foreligger der ingen breve (f. eks. fra august til november 1985), men de af Kommissionen fremlagte tal viser, at hun, visse måneder undtaget, i nogle måneder havde gennemsnitlig ca. 20 arbejdsdage om måneden. Hendes samlede antal dage var i 1981 259, i 1982 240,5, i 1983 238,5, i 1984 258,5, i 1985 til juli 158,5. I de måneder, hvor hun arbejdede i mindre end 20 dage (f. eks. august 1981, 13 dage; august 1982, 10 dage), synes forskellen at kunne forklares ved, at hun holdt ferie. De måneder, hvor hun arbejdede mere end 20 dage, kan skyldes den omstændighed, at hun arbejdede på overtid eller i weekender, idet de ekstra timer blev lagt sammen til arbejdsdage, måske med henblik på betalingen.

Mønsteret er altså klart. Hun arbejdede regelmæssigt og uden afbrydelse i hele perioden og i mere end et år indtil februar eller marts 1985. Hendes arbejde kan ud fra ethvert synspunkt beskrives som »fuldtids«.

I meddelelsen om udvælgelsesprøven krævedes det imidlertid, at hun ikke blot skulle have arbejdet, men have »været knyttet som [tjenestemand] eller [øvrig ansat] til De europæiske Fællesskaber«.

Kommissionen har gjort gældende, at ordene »tjenestemænd« og »øvrige ansatte« skal tillægges samme betydning som i henholdsvis tjenestemandsvedtægten og »ansættelsesvilkårene for de øvrige ansatte i Fællesskaberne«, og hun opfylder ingen af disse betingelser. Selv hvis ordene »øvrige ansatte« kan fortolkes bredere, var hun overhovedet ikke ansat (hvorved Kommissionen, efter hvad jeg forstår, mener en person ansat i henhold til en ansættelseskontrakt), men »freelance« (dvs. en selvstændig kontrahent).

Efter min mening må »tjenestemænd« i meddelelsen tillægges samme betydning som i tjenestemandsvedtægtens artikel 1, og der er enighed om, at hun ikke var tjenestemand, da hun ikke var blevet ansat i en fast stilling. Hvis udtrykket »øvrige ansatte« læses isoleret, er det fuldt ud muligt, og efter min mening berettiget, blot at spørge, om hun var ansat i henhold til en ansættelseskontrakt. Udtrykket står imidlertid ikke alene. Det er det udtryk, der anvendes i ansættelsesvilkårene, de med tjenestemandsvedtægten parallelle bestemmelser, og det har efter min opfattelse fået en teknisk betydning — dvs. de ansatte, på hvem vilkårene finder anvendelse. I den betydning anvendes udtrykket i praksis, og jeg tror, at det var Kommissionens hensigt at bruge det på den måde. Følgelig anser jeg det ikke for muligt at fortolke udtrykket »øvrige ansatte« i meddelelsen om udvælgelsesprøven på anden måde end den, der anvendes i ansættelsesvilkårene.

Disse vilkår gælder i henhold til artikel 1 for »alle, der er ansat ved kontrakt«. Hvis artiklen havde standset dér, ville det igen være nok at påvise, at der forelå en ansættelseskontrakt, som sagsøgeren har anført. Artiklen fortsætter imidlertid:

»Disse ansatte er:

— midlertidigt ansatte

— hjælpeansatte

— lokalt ansatte

— særlige rådgivere.«

Hver gruppe behandles i et særligt afsnit, og der er ingen restgruppe af bestemmelser, som kunne finde anvendelse på andre personer ansat i henhold til en ansættelseskontrakt, som ikke passer ind i en af de fire grupper. Hensigten synes at have været, at personer ansat i henhold til en ansættelseskontrakt skal placeres i en af disse grupper.

Souna blev ikke ansat til at beklæde en stilling, som af budgetmyndighederne blev klassificeret som midlertidig, og ej heller midlertidigt ansat i en fast stilling. Der var ingen stilling til hende. Hun var derfor, da artikel 2, litra c) og d), ikke er relevante, ikke omfattet af gruppen »midlertidigt ansatte«. Hun blev ikke ansat til at erstatte en anden tjenestemand, der var midlertidigt fraværende. Selv om hun blev ansat for at udøve et hverv på del- eller heltidsbasis i den i ansættelsesvilkårenes artikel 3 forudsatte betydning, gik hendes faktiske »ansættelses«-periode (hvis det var en sådan) ud over et år i strid med artikel 52, således at hun på grundlag af Domstolens Maag-dom strengt taget ikke kan henføres under »hjælpeansatte«. Det er ikke blevet fremført, at hun kunne være »lokalt ansat« eller en »særlig rådgiver« i den i vilkårenes artikler 4 og 5 forudsatte betydning. På dette grundlag hørte hun altså ikke til »øvrige ansatte« i den i ansættelsesvilkårene eller meddelelsen om udvælgelsesprøven forudsatte betydning.

Kommissionen har gjort gældende, at definitionen af ansat i ansættelsesvilkårene under alle omstændigheder er udtømmende. Ingen kan være ansat, medmindre han klart falder ind under en af de fire grupper, som omhandles i ansættelsesvilkårene. På grundlag af de argumenter, der er fremført i sagen, er jeg ikke overbevist om, at dette er rigtigt. Der kan findes andre arbejdsaftaler, som ikke let passer ind i de fire definerede

grupper. En person, som begynder som hjælpeansat, men som arbejder og betales ud over etårsgrænsen i ansættelsesvilkårenes artikel 52, er fortsat ansat, skønt vedkommende ikke længere i streng forstand er »hjælpeansat«. Resultatet kan være, at sådanne personer kun kan påberåbe sig ansættelsesvilkårene analogt; det følger ikke heraf, at de ikke er »ansatte«.

Det må bemærkes, at Domstolen i henhold til traktatens artikel 179 har kompetence til at afgøre alle tvister mellem Fællesskabet »og dets ansatte med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i vedtægten for dets tjenestemænd, eller som fremgår af de ansættelsesvilkår, der gælder for dets øvrige ansatte«. »Ansatte« omfatter her klart tjenestemænd, og de begrænsninger og de betingelser, der måtte være fastsat i vedtægten og ansættelsesvilkårene, vedrører kompetencen og vel ikke så meget den udtømmende definition af, hvad en ansat er. I bilag III til tjenestemandsvedtægten, som omhandler udvælgelsesproceduren, kræves det desuden i artikel 1, litra g), at en meddelelse om udvælgelsesprøve eventuelt bør specificere »aldersgrænsen samt udskydelse af aldersgrænsen for ansatte, der i mindst et år har været i institutionens tjeneste«. Det tekniske udtryk »øvrige ansatte« anvendes ikke.

Såfremt det var muligt at fortolke udtrykket i meddelelsen om udvælgelsesprøven mere bredt (hvilket jeg ikke tror), ville der derfor opstå det spørgsmål, om hun var »ansat«, eller om hun havde et andet aftaleforhold med Kommissionen.

Sidstnævnte har fremhævet ordet »freelance«. Jeg mener ikke, at denne betegnelse er afgørende. Man må se på forholdets virkelige art. Det er som regel lettere at genkende end at definere forskellen, og mange kriterier er blevet foreslået. Til syvende og sidst kan en bredt anlagt fremgangsmåde være lige så nyttig som enhver anden. »Et træk, der synes at gå igen i hele sagen, er, at i henhold til en arbejdsaftale ansættes en mand som del af virksomheden, og hans arbejde udføres som en integrerende del af virksomheden; mens hans arbejde i henhold til en kontrakt om erlæggelse af en tjenesteydelse, skønt det udføres for virksomheden, ikke er en integrerende del af den, men kun et tilbehør til den.« [Denning L J i Stevenson, Jordan and Harrison Ltd mod Macdonald (1952) 1 TLR 101, 111].

Souna kan henvise til, at hendes arbejde har været kontinuerligt og regelmæssigt, til at hun udførte arbejde, som også blev udført af tjenestemænd og »øvrige ansatte« på samme måde, og at hun var undergivet samme tilsyn.

På den anden side er det blevet anført, at hun ikke blev ansat for mere end en måned ad gangen, og at der var den mulighed, at hendes aftale ikke blev forlænget. Sidstnævnte argument anser jeg ikke for afgørende, da hjælpeansatte kan ansættes i korte perioder, som kan forlænges. Så har Kommissionen henvist til bestemmelserne i »conditions générales«, hvorefter »son activité en qualité de correcteur freelance ne lui donne en aucune façon vocation à être nommé fonctionnaire ou autre agent des Communautés européennes«. Dette er heller ikke afgørende, hvis hendes beskæftigelse korrekt skal klassificeres som beskæftigelse som ansat.

Hvis man læser conditions générales som helhed og henser til betalingsmetoden,

betingelserne om skat (der skulle betales til nationale myndigheder og ikke til Fællesskaberne), til den omstændighed, at hun var udelukket fra de almindelige forsikringsbestemmelser, der gælder for ansatte, den omstændighed, at hun kun havde ret til at arbejde, når hun blev anmodet om det på grund af Kontorets behov, og kunne afslå enhver månedlig anvisning af arbejde, der blev tilbudt hende, forekommer det mig (skønt nogle af disse faktiske omstændigheder måske kan diskuteres, og på trods af, at hun var villig til at blive overført fra Athen til Luxembourg for at fortsætte sit arbejde), at begge parters hensigt var, at hun skulle opretholde sin uafhængige status, og at hendes kontrakt ikke var en ansættelseskontrakt.

Følgelig og på trods af, at der er væsentlige forskelle mellem Souna's stilling og freelance tolkenes stilling i Maag-sagen (nemlig arbejdsperiodernes længde og regelmæssighed, arbejdets ad hoc-art og den omstændighed, at Maag kunne blive bedt om at arbejde på forskellige steder med henblik på begrænsede konferencer eller møder), er jeg kommet til det resultat, at hun ikke har godtgjort, at hun var »ansat« i De europæiske Fællesskaber.

Det bringer dog ikke det, som måske er hendes hovedargument, ud af verden — nemlig at selv om hun ikke var ansat, var hun set i forhold til undtagelsen fra aldersgrænsen i en position, som er så lig en ansats position, at hun burde have været omfattet af samme undtagelse. Min umiddelbare reaktion var, at dette argument kun kunne være relevant, hvis man ville anfægte gyldigheden af selve meddelelsen om udvælgelsesprøven, og hun fremførte ikke dette anbringende rettidigt. Ved nærmere eftertanke mener jeg, at det er en for streng opfattelse. Hun kunne ikke med rimelighed forventes at anfægte meddelelsen fra begyndelsen, navnlig da hun gjorde gældende, at hun var ansat. Først da hun blev nægtet adgang til udvælgelsesprøven med den begrundelse, at hun ikke tilhørte kategorien »øvrige ansatte« (som det nu er blevet klart), opstod hendes virkelige klagepunkt. Jeg ville derfor acceptere, at hendes argument om, at hun blev udsat for forskelsbehandling, da man nægtede at anvende undtagelsen fra aldersgrænsen i hendes tilfælde, kan antages til realitetsbehandling.

Det spørgsmål, der skal afgøres, er altså, om hendes position på relevant måde svarede til positionen for de »øvrige ansatte«, som var omfattet af undtagelsen. Det indebærer spørgsmålet om, hvad der er den virkelige grund eller berettigelse for at anvende undtagelsen, ratio legis, — et spørgsmål, som vist ikke blev besvaret under retsforhandlingerne.

En mulig grund til, at man lader tjenestemænd og øvrige ansatte være omfattet af undtagelsen, kunne være, at de år, som de har arbejdet for Kommissionen, ikke bør komme dem til skade. Det kan ikke være den eneste grund, da undtagelsesbestemmelsen ikke går ud på, at kun de år, den pågældende faktisk har arbejdet for Kommissionen, skal fratrækkes den virkelige alder. Enhver, der har arbejdet i et år i en hvilken som helst alder, er undtaget fra aldersgrænsen. Kun for personer i de særlige kategorier A, B og C er der en grænse på fem år for forhøjelsen af aldersgrænsen. Hvis dette var begrundelsen, kan det under alle omstændigheder siges, at Souna arbejdede langt længere end de tre en halv måned, som afskar hende fra at opfylde den øvre aldersgrænse.

En anden grund kunne være fortrolighed med Kommissionens arbejde, således at det ville være til fordel for Kommissionen at beholde en ansøger med tidligere fællesskabserfaring. Souna havde en sådan erfaring i fem år på så godt som fuldtidsbasis, og i løbet af perioden flyttede hun fra Athen til Luxembourg. (Hvorfor hun flyttede, har Domstolen ikke fået at vide, men det forekommer sandsynligt, at hun må have håbet på langtidsansættelse; efter det for Domstolen oplyste er dette den første udvælgelsesprøve for korrekturlæsere, siden hun flyttede, og det kan være et fingerpeg, at 23 af 48 freelance-korrekturlæsere ansøgte om at deltage i udvælgelsesprøven). Hun havde klart den nødvendige fortrolighed med Kommissionens arbejde.

Under den mundtlige forhandling blev det som svar på nogle spørgsmål antydet af Kommissionen, at grunden til, at øvrige ansatte og tjenestemænd fik tilladelse til at ansøge, var, at de havde »været under fællesskabsdisciplin i et år, og at det er bekendt, at de er i stand til at arbejde, hvorimod en freelance er helt uafhængig«. Jeg kan indse, at i et tilfælde, hvor en person arbejder hjemme i en måned eller en uge nu og da og udfører arbejde, som ikke effektivt kontrolleres, kan dette være en berettigelse for ikke at anvende samme regler som dem, der anvendes på en ansat. Denne forklaring udelukker imidlertid ikke et tilfælde, hvor Kommissionen måned efter måned havde lejlighed til ikke at opfordre Souna til at fortsætte, hvis den ikke var tilfreds med hendes arbejde, men stædigt fortsatte med at tilbyde hende arbejde. Beføjelsen til ikke at opfordre hende til at fortsætte efter hver måned indebærer efter min mening i praksis en potentielt større sanktionsmulighed, end der måtte ligge i dem, som den omtalte »disciplin« stiller til rådighed for tjenestemænd. Desuden skulle hun i henhold til conditions générales fremlægge en vandelsattest, bestå en egnethedsprøve, udføre sit arbejde med al mulig omhu i henhold til instrukser og iagttage tavshedspligt med hensyn til, hvad hun blev bekendt med. I henhold til bestemmelse VII (forkert nummereret i originalen) kunne hun afskediges uden begrundelse selv i månedens løb i tilfælde af grove faglige fejl eller for ikke at overholde sine instrukser. Og alligevel beholdt man hende i fem år.

En anden grund kan måske udledes af sag 106/80, Fournier mod Kommissionen (Sml. 1981, s. 2759), hvor det blev udtalt, at det karakteristiske for en kontrakt om hjælpeansættelse er dens »tidsmæssige usikkerhed«, idet den kun kan anvendes for at sikre en midlertidig erstatning eller for at gøre det muligt at få udført administrative opgaver, der har foreløbig karakter, eller som opfylder et påtrængende krav eller ikke er klart defineret. I den foreliggende sammenhæng kan dette ikke være grundlag for, til skade for en person som Souna, at udsondre hende fra gruppen af hjælpeansatte, da hendes beskæftigelse også var usikker. Tværtimod, den omstændighed, at hun i lange perioder, om end på usikkert grundlag, opfyldte et behov i Publikationskontoret, som der ikke var nogen stilling til rådighed for, tyder om noget på, at hun fortjener en mere frem for en mindre gunstig behandling sammenlignet med en person, hvis faktiske beskæftigelse ikke skulle overskride et år.

De andre sager, som er anført under retsforhandlingerne, løser efter min opfattelse ikke problemet direkte. I sag 16/81, Alaimo mod Kommissionen (Sml. 1982, s. 1559), blev sagsøgeren anerkendt som ansat. Det eneste spørgsmål var, om hun var ansat i De

europæiske Fællesskaber, når hun var ansat i Det Europæiske Center for Udvikling af Erhvervsuddannelse. Dette blev antaget, da Centeret var en del af De europæiske Fællesskaber.

Der er blevet henvist til følgende passus i sag 16/64, Rauch mod Kommissionen, (Sml. 1965-1968, s. 39): »udtrykket 'intern udvælgelsesprøve i institutionen' tager i sig selv sigte på enhver person ansat i institutionen, uanset status.« Det må ses i sammenhæng med stridsspørgsmålet i sagen — nemlig om en hjælpeansat kunne deltage i en sådan udvælgelsesprøve. »Uanset status« betyder, som jeg læser det, en hvilken som helst egenskab som ansat og omfatter ikke beskæftigelse som selvstændig kontrahent.

I sag 78/71, Costacurta mod Kommissionen (Sml. 1972, s. 163), statuerede Domstolen alene, at en meddelelse om intern udvælgelsesprøve enten skal indeholde en aldersgrænse eller tilkendegive, at det ikke anses for nødvendigt at fastsætte en.

På den anden side viser sagerne, selv om de ikke afgør spørgsmålet direkte, at Domstolen ser på det materielle fremfor på den retlige form. I sag 17/78, Deshormes mod Kommissionen (Sml. 1979, s. 189), accepterede Domstolen således, at sagsøgerens kontrakt fra datoen for hendes første udnævnelse til hjælpeansat »burde have været omformet til en kontrakt om midlertidig ansættelse, eftersom sagsøgerinden varetog en fast stilling, som budgetmæssigt fandtes i listen over stillinger«. Hun var de facto midlertidigt ansat, og hendes kontrakter skulle derfor behandles, som om de var blevet indgået med en midlertidigt ansat. Generaladvokat Reischl var i øvrigt af den opfattelse, at de tidligere kontrakter, skønt de blev beskrevet som kontrakter med en særlig rådgiver, viste et regelmæssigt beskæftigelsesforhold ved Fællesskaberne. Hvis der ikke havde været en stilling til rådighed, ville han have anset hende for hjælpeansat med henblik på afgørelsen af pensionsrettigheder.

I Costacurta-sagen beskæftigede generaladvokat Roemer sig med et anbringende, som Domstolen ikke tog stilling til, nemlig at Publikationskontorets freelance-»ansatte«med urette fik adgang til den pågældende udvælgelsesprøve. Han citerede den passus fra Rauch-dommen, som jeg har henvist til, og han var af den opfattelse, at freelanceansøgerne havde arbejdet i mange år, og at det fremgik, at det kun var af budgetmæssige årsager, »at deres forhold ikke blev normaliseret tidligere«. Han fortsatte: »Det kan således antages, at disse ansøgere som freelanceansatte allerede stod i så nær forbindelse med Publikationskontoret, at de mindst kan sidestilles med hjælpeansatte, dvs. de personer, der direkte har ret til at deltage i udvælgelsesprøverne«. Skønt det var et obiter dictum, eftersom freelanceansøgerne var midlertidigt ansatte, eftersom der skulle indleveres ansøgninger til udvælgelsesprøven, tyder det på en vilje til at se på realiteten i situationen.

Også i de forenede sager 225 og 241/81, Toledano Laredo mod Kommissionen (Sml. 1983, s. 347), statuerede Domstolen, at en hjælpeansat, som havde udført præcise va-

rige offentlige opgaver inden for Fællesskabet, for hvilke der generelt var ledige stillinger, ved beregningen af pensionsgivende tjenesteår havde ret til at beregne en sådan tjenesteperiode som tilbagelagt i egenskab af midlertidigt ansat.

Det må også bemærkes, at Domstolen i Deshormes-sagen (på s. 201) udtalte, at det i betragtning af det udførte arbejdes usikre karakter »er klart, at den nævnte ordning ikke, uden at få karakter af misbrug, kan anvendes til i årevis at overlade varige opgaver til et sådant personale, der således ville blive anvendt på unormal måde med lang tids usikkerhed«. Jeg tvivler på, om den af Fællesskaberne anvendte ansættelsesordning, bortset fra budgetmæssige årsager, havde til formål, at folk skulle ansættes »freelance« fuldtids, kontinuerligt og i en lang periode. Hvis folk beskæftiges således, bør de efter min mening ikke stilles ringere med hensyn til aldersbetingelser vedrørende adgang til en udvælgelsesprøve.

På baggrund af den holdning, som Domstolen indtog i disse sager, mener jeg ikke, at det i den foreliggende sag kan være tilstrækkeligt blot at sige, som Kommissionen i virkeligheden gør, at aftalen med Souna er af en anden retlig art, og at hun derfor er i en anden position og kan behandles anderledes med hensyn til undtagelsen vedrørende alder. Man må se på realiteterne. Jeg accepterer, at en person, der arbejder sjældent eller uregelmæssigt eller på basis af særlige anvisninger, er i en anden position end en ansat, som arbejder regelmæssigt. På den anden side er en, der arbejder fuldtids i fem år, efter min opfattelse i en position, der kan sammenlignes med midlertidigt ansattes eller hjælpeansattes, når det drejer sig om at gøre en undtagelse fra aldersgrænsen. Det kan godt være, at dette er et ekstraordinært tilfælde, men efter min opfattelse var beslutningen om at udelukke Souna, fordi hun var tre en halv måned for gammel, udtryk for forskelsbehandling og urimelig, når henses til den fordel, der blev indrømmet midlertidigt ansatte og hjælpeansatte. Den omstændighed, at hun i en udvælgelsesprøve afholdt af Parlamentet blev anset for omfattet af undtagelsen (hvilket Kommissionen anerkender Parlamentets ret til), skønt meddelelsen om udvælgelsesprøven var begrænset til »tjenestemænd og øvrige ansatte«, tjener kun til at understrege det uheldige resultat i denne sag.

Isoleret herfra ville jeg under alle omstændigheder acceptere sagsøgerens argument om, at afgørelsen ikke anførte nogen begrundelse eller ikke nogen passende begrundelse og i denne henseende er mangelfuld.

Efter min opfattelse bør afslaget på at give hende adgang til udvælgelsesprøven imidlertid tilsidesættes af den grund, at hun burde have været omfattet af undtagelsen fra aldersgrænsen, og at sagsøgte bør tilpligtes at betale sagens omkostninger. Dette er efter min mening tilstrækkelig genopretning, da det ikke er blevet gjort gældende, at der er lidt et specifikt økonomisk tab, og jeg foreslår, at der ikke gives hende medhold i hendes erstatningskrav.