

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (anden afdeling)

1. Sagsøgte frifindes.
2. Hver part betaler sine omkostninger.

Pescatore

Due

Bahlmann

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. juli 1983.

For justitssekretæren

J. A. Pompe

Assisterende justitssekretær

P. Pescatore

Formand for anden afdeling

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. VERLOREN VAN THEMAAT
FREMSAT DEN 19. MAJ 1983 ¹

Høje Domstol.

1. Problemet

Sag 10/82 rejser på usædvanlig skarp måde spørgsmålet om grænserne for det frie skøn, som ansættelsesmyndigheden har ved besættelse af ledige stillinger i henhold til vedtægtens artikel 29.

Ved stillingsopslag KOM/1144/80 op slog Kommissionen en ledig stilling som sprogrevisor, for hvilken der gjaldt følgende krav:

- »1. Uddannelse på universitetsniveau afsluttet med eksamensbevis eller faglig erfaring på tilsvarende niveau,

¹ — Oversat fra nederlandsk.

2. lang erfaring i oversættelse. Erfaring i revision, og
3. sikker udtryksfærdighed og stilformelse.

Det står fast, at alle fire sagsøgere på det tidspunkt såvel havde universitetsuddannelse som omfattende faglig erfaring. Det står også fast, at de alle fire opfyldte begge krav under punkt to. Endelig har de alle fire fremlagt rosende udtalelser for den relevante periode. Det står således fast, at alle fire sagsøgere på det tidspunkt, da stillingen blev opslået ledig, opfyldte de stillede krav. Tre af de fire sagsøgere er i øvrigt ifølge akterne i sagerne 9/82 og 10/82 i mellemtiden blevet forfremmet til ledende oversættere, et arbejde i samme lønklasse som arbejdet som sprogrevisor, til hvilket der også stilles praktisk talt de samme krav.

Ikke desto mindre har Kommissionen forbigået alle fire sagsøgere ved besættelsen af den pågældende ledige stilling og foretrukket en sprogrevisor, der arbejdede ved en anden institution. Af oversigten i retsmøderapporten over indholdet og kronologien i den hertil knyttede korrespondance, skrivelser og administrative afgørelser, der er fremlagt, fremgår det klart, at den for den pågældende oversættelsestjeneste ansvarlige direktør, allerede før stillingen blev opslået, ønskede at ansætte denne sprogrevisor, som arbejdede ved en anden institution. Den forudgående undersøgelse af a) mulighederne for forfremmelse og forflyttelse inden for institutionen og b) mulighederne for gennemførelse af udvælgelsesprøver inden for institutionen, der kræves i artikel 29, stk. 1, blev derefter ifølge den nævnte kronologi over stadierne i proceduren faktisk

tilsyneladende reduceret til en ren formalitet. Kommissionen har under retsforhandlingerne for Domstolen også udtrykkeligt anerkendt, at der under hele den administrative procedure er blevet taget hensyn til den nævnte, ved en anden institution ansatte sprogrevisors kvalifikationer (svarskriftet s. 8, duplikken s. 4). Den bemærkede imidlertid hertil, at »der intet bemærkelsesværdigt er i, at den ansvarlige tjenestemand har holdt sig orienteret om egnede kandidater i og uden for institutionen, og at han ved bedømmelsen i februar-april 1981 har holdt sig for øje, at der kunne være mulighed for at rekruttere en bedre egnet kandidat ved overflyttelse fra en anden af EF's institutioner«. Således rejser denne sag faktisk skarpt det spørgsmål, om en institution inden for rammerne af vedtægtens artikel 29 har ret til at afslå ansøgninger fra ansatte inden for institutionen, som fuldt ud opfylder betingelserne i stillingsopslaget, fordi der er en ansøger fra en anden institution til rådighed, som anses for mere kvalificeret.

2. Sagsøgernes påstande og søgsmålsgrunde og Kommissionens indsigelser

Sagsøgerne har nedlagt påstand om, at Kommissionens beslutninger af 28. april 1981 om afslag på deres ansøgninger om den pågældende stilling som sprogrevisor annulleres, og at Kommissionen tilpligtes at udnævne den bedst kvalificerede af de fire sagsøgere.

Den første og vigtigste søgsmålsgrund, som sagsøgerne har anført i deres stævning, går i korthed ud på, at ansættelsesmyndigheden ifølge vedtægtens artikel 29, stk. 1, kun må ansætte personer fra

andre institutioner, efter at det har vist sig, at der ikke har kunnet findes ansøgere inden for institutionen selv, som opfyldte de stillede krav. Bestemmelsens fase c) må med andre ord ifølge sagsøgerne først anvendes, når der i bestemmelsens faser a) og b) ikke er fremkommet egnede ansøgere. Kommissionen kan ifølge sagsøgerne heller ikke støtte en anden fortolkning på vedtægtens artikel 27, da artikel 29 som en speciel bestemmelse har forrang frem for artikel 27, der har karakter af »formålsparagraf«. Af betydning for vurderingen af denne søgsmålsgrund er navnlig Domstolens domme i sagerne Ley (sagerne 12/64 og 29/64, Sml. 1965-1968, s. 37), van Belle (sag 176/73, Sml. 1974, s. 1370), Küster (sagerne 23/74, Sml. 1975, s. 367, 22/75, Sml. 1975, s. 1271 og 123/75, Sml. 1976, s. 1709), Giannini (sag 265/81, dom af 28. oktober 1982, Sml. 1982, s. 3865) og Colussi (sag 298/81, dom af 24. marts 1983, Sml. 1983, s. 1131).

Det klagepunkt, som allerede var anført i stævningen, nemlig at den ledige stilling fra først af skulle have været forbeholdt den pågældende ansøger fra en anden institution, er i replikken uddybet til en anden søgsmålsgrund, nemlig magtfordrejning. Navnlig skal den kompetente tjeneste have besluttet at overgå til fase c), allerede før man kunne vide noget om kvalifikationerne hos ansøgerne fra andre institutioner. Af betydning for vurderingen af denne anden søgsmålsgrund er navnlig Domstolens lige nævnte domme i sagerne 123/75 (Küster) og 265/81 (Giannini) og dernæst Domstolens dom i Giuffrida-sagen (sag 105/75, Sml. 1976, s. 1401).

Kommissionen har heroverfor for det første påberåbt sig institutionernes frie

skøn ved anvendelsen af artikel 29, som er udtrykkeligt anerkendt af Domstolen i mange af de nævnte domme. Den har endvidere bestridt, at stillingen på forhånd skulle have været forbeholdt en ansøger fra en anden institution. En intern sammenlignende undersøgelse efter gennemførelsen af fase a) i artikel 29, stk. 1, ville ifølge Kommissionen i dette tilfælde desuden ikke have haft mening, da der inden for institutionen ikke kunne være bedre egnede ansøgere end dem, hvis ansøgninger allerede var blevet afslået i fase a). I overensstemmelse med vedtægtens artikel 29 og i tjenestens interesse gik Kommissionen derfor over til fase c) straks efter at have forkastet de i fase a) indkomne ansøgninger.

Kommissionen har endelig bestridt, at man med proceduren har forfulgt et andet mål end det efter artikel 29 lovlige (jfr. med hensyn til denne beskrivelse af magtfordrejning Domstolens nævnte dom i sag 123/75).

3. Vurdering

Belastende for Kommissionen i denne sag synes først og fremmest at være det fremlagte notat af 13. juni 1980. Deri anmodede kontorchefen i afdelingen for ansættelse, udnævnelse og forfremmelse direktøren for de pågældende oversættelsestjenester om en udtalelse om overflytningen af ansøgeren fra en anden institution. Skrivelsen endte med den meddelelse, at »hvis De går ind for hans ansættelse, må vi opslå en meddelelse om ledig stilling i stillingsgruppe LA 5/LA 4, afvise de indkomne interne ansøgninger og dernæst opslå stillingen i de andre

EF-institutioner (vedtægtens artikel 29, stk. 1, litra c)«).

Indtrykket af en »skinundersøgelse« af mulighederne for intern besættelse af den ledige stilling fremkaldes også af et notat fra direktøren for oversættelsestjenesten af 18. februar 1981, hvori han meddeler, at han anser de interne ansøgers erfaring for utilstrækkelig og forbeholder sig ret til at fremsætte forslag om overflytning, jfr. artikel 29, stk. 1, litra c). Et sådant forslag, som vedrørte den i skrivelsen af 13. juni 1980 nævnte ansøger fra en anden institution, stillede han derefter allerede den 20. februar 1981. Allerede før ansættelsesmyndighedens formelle afslag på de interne ansøgninger den 28. april 1981, nemlig den 25. marts 1981, afgiver Kommissionens repræsentant i kontaktgruppen for institutionerne i Bruxelles en erklæring, hvori han begrundet overflytningen af ansøgeren fra en anden institution, i dette tilfælde Rådet.

Den sagsgang, der beskrives ved disse skrivelser, udgør modpolen til sagsgangen i Giannini-sagen, som jeg tidligere har nævnt. I den sag modsatte Kommissionens personaletjeneste sig netop en tilsvarende brug af artikel 29 til fordel for en ansøger, som af den pågældende tjenestegren blev anset for bedre end den interne ansøger, der var fremkommet under fase a), og hvori den ansøger, der blev anset for bedre, ligesom i det foreliggende tilfælde først skulle kunne udnævnes i en senere fase. Sagen var blevet anlagt af den ansøger,

som den pågældende tjenestegren oprindeligt foreslog, fordi den anså hans kvalifikationer for at være bedre. Sagsøgeren nedlagde påstand om annullation af udnævnelsen af den interne ansøger fra fase a), som til sidst var blevet gennemført som følge af personaletjenestens vægring, men Domstolen frifandt Kommissionen. Det er forståeligt, at sagsøgerne i denne sag under den mundtlige forhandling har påberåbt sig Giannini-sagen, fordi Kommissionen i dette tilfælde baserede sin modstand mod en »bedre« ansøger på den opfattelse, at hans ansættelse ville være magtfordrejning, hvilket Domstolen har antaget forelå i den tidligere nævnte Giuffrida-sag (sag 105/75, Sml. 1976, s. 1402). Efter min mening er imidlertid hverken sagsøgernes henvisning til Giannini-sagen eller deres henvisning til Giuffrida-sagen af betydning i dette tilfælde.

Henvisningen til Giannini-sagen kan ikke tillægges betydning, allerede fordi Domstolen i den sag, for så vidt det her er af betydning, alene har udtalt (præmis 11), »at da ansættelsesmyndigheden skulle træffe den anfægtede beslutning, var den *ikke forpligtet til* at sammenligne (den udnævnte ansøgers) og sagsøgerens kvalifikationer og fortjenester, idet sagsøgeren ikke var ansøger til forfremmelse eller forflyttelse« (men først havde kunnet bedømmes i en senere fase af en intern sammenlignende undersøgelse). De af mig udhævede ord i denne præmis lader fuldt ud den mulighed stå åben, at Kommissionen nok havde *kompetence* til at tage hensyn til de påståede højere kvalifikationer hos sagsøgeren i Giannini-sagen, men ikke gjorde brug af denne mulighed, hvorfor Domstolen kunne indskrænke sig til at fastslå (præmis 13), at »det hverken på grundlag af sagens akter eller sagsøgernes udtal-

lelser er muligt at fastslå, at Kommissionen ved sit skøn om (den udnævntes) kvalifikationer og fortjenester har befundet sig i en åbenbar vildfarelse eller begået magtfordrejning«. Af Giannini-sagen kan det således til syvende og sidst kun udledes, at ansættelsesmyndigheden ved udøvelsen af sit frie skøn *kan* bedømme ansøgere, som fremkommer under første fase i artikel 29, stk. 1, udelukkende på deres egne fortjenester. Denne slutning synes da også ubestrideligt at følge af artikel 29's ordlyd, hvorimod den intet siger om ansættelsesmyndighedens *kompetence* med hensyn til spørgsmål, om der i denne første fase også kan tages hensyn til fortjenesterne hos ansøgere, der først kan komme på tale i procedures senere faser, men som allerede er ansættelsesmyndigheden bekendt (eller som den med tilstrækkelig sikkerhed kan forvente vil fremkomme i en senere fase, vil jeg tilføje).

Efter min mening kan sagsøgerne heller ikke henvise til Domstolens dom i Giuffrida-sagen (sag 105/75, Sml. 1976, s. 1395) til støtte for deres anbringende om magtfordrejning. Dertil var de faktiske omstændigheder i den sag for forskellige fra de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag. I Giuffrida-sagen stod det fast (præmis 10), at den pågældende »interne udvælgelsesprøve blev gennemført af ansættelsesmyndigheden *udelukkende* for at afhjælpe uregelmæssighederne i en bestemt tjenstemands administrative situation, således at samme tjenstemand kunne blive ansat i den ledige stilling«. Udelukkende med henblik på denne situation udtales det så i præmis 11, at »forfølgelsen af et sådant særligt mål er i strid med formålet med enhver ansættelsesprocedure, herunder den

interne udvælgelsesprøve, og er således udtryk for magtfordrejning«.

For nærværende tilfælde fremgår det højst af sagens akter, at det på forhånd har været hensigten at udnævne den ansøger, som blev anset for mest kvalificeret, og som kom fra en anden institution, til sprogrevisor ved Kommissionen. Allerede i Ley-sagerne har Domstolen (Sml. 1965-1968, s. 37) udtalt, at den fortolkning, »at ansættelsesmyndigheden ifølge artikel 29 skulle være forpligtet til at foretage en sammenlignende undersøgelse inden for institutionen, når det besluttes ikke at foretage en forfremmelse eller overflytning« ikke er korrekt, da artikel 29, stk. 1, litra b) og ligeledes litra a) betyder, at ansættelsesmyndigheden blot er forpligtet til at undersøge »mulighederne« for at træffe de dér nævnte forholdsregler, og endvidere, »at det ved anvendelse af udtrykket 'mulighederne' klart er udtrykt, at ansættelsesmyndigheden ikke er absolut forpligtet til at træffe de nævnte foranstaltninger, men blot til i hvert enkelt tilfælde at undersøge, om sådanne skridt kan føre til udnævnelsen af en person, der opfylder de *højeste krav* til kvalifikationer, indsats og integritet« (min understregning).

En præmis med samme betydning som i Ley-sagerne kan bl.a. findes i præmis 10 i sag 123/75 (Küster, Sml. 1976, s. 1709). Der er bl.a. henvist til ansættelsesmyndighedens omfattende frie skøn i præmis 12 i samme dom samt præmis 17 i Domstolens nylige dom i Colussi-sagen af 24. marts 1983. Bl.a. af præmis 24 i

den første Küster-dom (sag 23/74), af præmis 5 i den anden Küster-dom (sag 22/75) og af præmis 10 i den tredje Küster-dom (sag 123/75) fremgår det, at der alene er hensynet til tjenestens interesse, der bestemmer, om man kan gå over til en følgende fase i vedtægtens artikel 29. Endvidere skal de undersøgelser i de tidligere faser, der skal ske successivt, foretages med største omhu.

På grundlag af min gennemgang af sagen vil jeg sammenfatte min vurdering således.

For det første må det såvel af ordlyden af artikel 29, stk. 1, litra a), som af retspraksis herom udledes, at selv ansøgere inden for institutionen, som opfylder de for den ledige stilling stillede krav, ikke i henhold til denne bestemmelse kan gøre nogen *ret* til forfremmelse eller overflytning gældende.

For det andet må det udledes af retspraksis, at mulighederne for anvendelse af artikel 29, stk. 1, litra a) og b) ganske vist skal undersøges omhyggeligt, før man går over til anvendelse af artikel 29, stk. 1, litra c) (eller mere generelt: til den følgende fase). Hensynet til tjenestens interesse i den pågældende institution gør det imidlertid berettiget, som det udtrykkeligt er anført i dommen i Ley-sagerne, at man søger den ansøger, der opfylder de *højeste* krav til bl.a. kvalifikationer og indsats. Derfor kan der af den

blotte omstændighed, at en ekstern ansøger allerede ved begyndelsen af proceduren til besættelse af en ledig stilling åbenbart blev anset for den mest egnede ansøger, ikke udledes, at de interne ansøgninger er undersøgt med utilstrækkelig omhu. Dette er afgjort tilfældet, når man nu om den eksterne ansøger bl.a. vidste, at han allerede siden 1. juli 1975 faktisk arbejdede som sprogrevisor ved Rådet med oversættelser fra engelsk, fransk og tysk. Endvidere havde han tidligere allerede arbejdet godt et år ved Kommissionen som oversætter, således at hans kvalifikationer som oversætter (som i september 1973 havde ført til hans ansættelse ved Rådet) også af denne grund var Kommissionen bekendt.

For det tredje har sagsøgerne ikke kunnet fremlægge bevismidler, hvoraf det har kunnet udledes, at Kommissionen ved sin bedømmelse af den endeligt udnævnte ansøgers fortjenester og kvalifikationer har befundet sig i en åbenbar vildfarelse eller begået magtfordrejning (jfr. prøvelseskriterierne i præmis 13 i Domstolens nævnte dom i Giannini-sagen). Tværtimod fremgår det af oplysningerne i de foreliggende sagsakter, at den endeligt udnævnte ansøger i modsætning til sagsøgerne (som kun mere lejlighedsvis også udførte revisionsarbejde) allerede i en årrække som sin væsentligste funktion havde været revisor. Med hensyn til dette forhold kunne Kommissionen med tjenestens interesse for øje givet nære den forventning, at han ville opfylde højere kvalifikationskrav end sagsøgerne i det pågældende arbejde. Dette er efter min mening afgørende for bedømmelsen af, om det var berettiget at afslå sagsøgernes ansøgninger. Sagsøgerne har jo heller ikke nedlagt påstand om annullation af den foretagne udnævnelse som sådan. Det er således ikke nødvendigt at komme ind på den procedure, som er fulgt ved udnævnelsen som sådan.

Mit *forslag til afgørelse* er, at sagsøgte frifindes for sagsøgernes påstand om annulation af beslutningerne om at afslå deres ansøgninger, men at parterne i henhold til procesreglementets artikler 69 og 70 dømmes til at betale deres egne omkostninger. Ved frifindelse for den nævnte påstand om annulation bortfalder grundlaget for sagsøgernes yderligere påstand om, at Kommissionen tilpligtes at udnævne den bedst kvalificerede af dem. Det er derfor heller ikke nødvendigt at komme ind på spørgsmålet, om denne yderligere påstand kan antages til realitetsbehandling.