

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste Kamer)

rechtdoende:

1. Verwerpt het beroep;
2. Verstaat dat elk der partijen haar eigen kosten zal hebben te dragen.

Bosco

Mertens de Wilmars

O'Keeffe

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op elf mei negentienhonderdachtenzeventig.

De griffier

De president (van de Eerste Kamer)

A. Van Houtte

G. Bosco

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL J.-P. WARNER
VAN 13 APRIL 1978 ¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

Naar mijn mening is dit geen eenvoudige zaak. Doch de feiten worden ten minste niet betwist.

Mevrouw de Roubaix, verzoekster, bezit de Belgische nationaliteit. Zij werd in 1918 geboren en is weduwe.

Op 1 augustus 1959 trad zij als secretaresse van de categorie C in dienst bij Euratom en werd toegevoegd aan het personeel van het Voorzieningsagentschap. Op 1 december 1961 werd zij bevorderd tot de categorie B. Op 1 januari 1962 werd zij aangesteld in de rang B 4. Op 1 oktober 1964 werd zij bevorderd

tot de rang B 3, en vervolgens, per 1 juli 1968, tot de rang B 2. Zij heeft tijdens haar dienst steeds de werkzaamheden van bureau-hoofd bij het Voorzieningsagentschap verricht. Opeenvolgende directeuren-generaal hebben alleen maar de hoogste waardering gehad voor de wijze waarop zij zich kweet van die werkzaamheden die, naar vaststaat, behoren tot de standaardfunctie van hoofd-assistent, dat wil zeggen de rang B 1.

Tot 1976 was er bij het Voorzieningsagentschap van Euratom echter geen B 1-post beschikbaar.

In 1973 verzocht de toenmalige directeur-generaal van het Agentschap om opneming van een B 1-post in de begro-

¹ — Vertaald uit het Engels.

ting van de Commissie voor 1974. In een nota van 14 juni 1973 (bijlage 8 bij het verzoekschrift) motiveerde hij dat verzoek als volgt:

„Deze post is bedoeld voor de bevordering van de ambtenares die sinds 1959 heeft gezorgd dat het Agentschap administratief en commercieel kon gaan functioneren, in een tijd waarin het Agentschap met name om politieke redenen over onvoldoende personeel beschikte, zowel naar aantal als naar competentie. Deze ambtenares is nog steeds verantwoordelijk voor de gehele administratieve en commerciële organisatie van het Agentschap, waarvan de werkzaamheden zich voortdurend hebben uitgebreid met het — als gevolg van de ontwikkeling van de kernenergie — toenemende aantal transacties op het gebied van het Agentschap.”

De betrokken ambtenares was natuurlijk verzoekster.

Tegelijkertijd diende de directeur-generaal een aanvraag in voor een post in de rang B 3/2, teneinde de heer J. J. M. Marchal, B 2-ambtenaar bij de delegatie van de Commissie te Washington en aldaar in een volledige dagtaak belast met werkzaamheden van het Agentschap, te kunnen overplaatsen van het directoraat-generaal Energie naar het Agentschap.

Het geval wil dat ook de heer Marchal Belg is. Hij is tien jaar jonger dan verzoekster en was gedurende twee en een half jaar haar ondergeschikte in de rang B 2.

De verzoeken van de directeur-generaal werden afgewezen.

Bij de begroting voor 1975 verzocht hij om twee B 1-posten, voor verzoekster en voor de heer Marchal. De bevordering van de heer Marchal was volgens de directeur-generaal gerechtvaardigd, gezien de snelle uitbreiding van de contractuele relaties met de Commissie voor Atoomenergie in de Verenigde Staten en de moeilijkheden bij de beharti-

ging daarvan — zie zijn nota van 26 maart 1974 (bijlage VII bij de conclusie van dupliek).

De aanvragen van de directeur-generaal werden wederom afgewezen.

Uit de notulen van een vergadering van de Commissie op 8 januari 1975 blijkt dat de Commissie tijdens die vergadering kennis nam van de volgende verklaring van één van haar vice-voorzitters, de heer Simonet, die toendertijd verantwoordelijk was voor energie-aangelegenheden, in het bijzonder voor het Voorzieningsagentschap van Euratom:

„De heer Simonet wijst op de zeer bijzondere verdiensten van de heer J. Marchal, ambtenaar in categorie C, lid van de delegatie van de Commissie in de Verenigde Staten, welke verdiensten de heer Marchal zich heeft verworven bij de afsluiting, namens het Voorzieningsagentschap van Euratom, van overeenkomsten voor de verrijking van uranium. Hij wenst dat de Commissie niet zal nalaten rekening te houden met de verdiensten van deze ambtenaar, zodra de gelegenheid daartoe zich voordoet.”

In een nota van 25 maart 1975 aan de directeur-generaal Personeelszaken en Algemeen Beheer (bijlage VIII bij de conclusie van dupliek) bracht de directeur-generaal van het Agentschap zijn aanvragen voor de begroting 1976 naar voren, volgens zijn zeggen in afspraak met het Kabinet van vice-voorzitter Simonet. Een dezer aanvragen had betrekking op een B 1-post. Hierbij merkte de directeur-generaal op:

„De B 1-post is bedoeld om de post (B 3/2), die door het D.G. XVII is afgegaan aan de delegatie te Washington — en die momenteel wordt ingenomen door de heer J. Marchal — toe te voegen aan de begroting van het Agentschap: de ambtenaar op deze post werkt immers praktisch uitsluitend ten behoeve van het Agentschap.

Bovendien wordt de instelling van een nieuwe B 1-post ten volle gerechtvaardigd.

digd door de aan deze werkzaamheden verbonden verantwoordelijkheid en door de toeneming en het ingewikkelde karakter van de contractuele betrekkingen met de Energy Research and Development Administration en het particuliere bedrijfsleven. De heer Simonet heeft trouwens verzocht rekening te houden met de verdiensten van de heer Marchal, zodra de gelegenheid daartoe zich voordoet."

Ten slotte werd een dergelijke post opgenomen in de begroting voor 1976 en in het voorjaar van 1976 publiceerde de Commissie de desbetreffende aankondiging van vacature COM/267/76.

Deze aankondiging luidde voor zover hier relevant, als volgt:

„*Dienst*: I — Buitenlandse betrekkingen

Delegatie van de Commissie van de Europese Gemeenschappen in de Verenigde Staten — Voorzieningsagentschap van Euratom

Standplaats: Washington

Aard van de functie: hoofdasistent

Het verrichten, aan de hand van algemene richtlijnen van het Hoofd van de delegatie, van bijzonder moeilijke en ingewikkelde kantoorwerkzaamheden, met name:

- het onderhouden van de contacten met de Amerikaanse autoriteiten en leveranciers betreffende de door het Voorzieningsagentschap gesloten contracten voor de levering van kernbrandstoffen;
- het op aanwijzingen van het Agentschap doorgeven van inlichtingen en uitvoering van routine- en andere werkzaamheden betreffende het beheer van de contracten;
- het informeren van het Voorzieningsagentschap betreffende de ontwikkeling van de aankoop van kernbrandstoffen in de Verenigde Staten.

Vereiste kwalificaties

- kennis op het niveau van het middelbaar onderwijs (diploma) of gelijkwaardige beroepservaring;
- grondige kennis van de industriële sector kernbrandstoffen;
- grondige ervaring op handelsgebied;
- een grondige voor de functie bruikbare ervaring."

Daarnaast werd aangegeven welke talenkennis de sollicitanten voor deze functie dienden te bezitten.

Op deze aankondiging solliciteerden drie ambtenaren, en wel verzoekster en de heer Marchal, die natuurlijk beiden voldoende diensttijd in de rang B 2 hadden om naar de post te worden bevorderd, alsmede een ambtenaar in de rang B 1 van het directoraat-generaal Energie, die naar de post kon worden overgeplaatst.

De verdiensten van elk der sollicitanten werden door een ambtenaar van het directoraat-generaal Buitenlandse Betrekkingen beschreven in een nota van 16 juni 1976 (bijlage V bij het verweerschrift). Zoals te verwachten viel, kwam hieruit naar voren dat de heer Marchal de meest geschikte sollicitant was; hij werd dan ook op de post benoemd.

Op dat moment was er wel van de heer Marchal een volledige reeks beoordelingsrapporten als bedoeld in artikel 43 van het Statuut, doch die was er niet van verzoekster. Haar laatste beoordelingsrapport betrof het tijdvak 1 juli 1971 tot 30 juni 1973. Haar rapport over het tijdvak 1 juli 1973 tot 30 juni 1975 was niet opgesteld.

Op 31 juli 1976 diende verzoekster een klacht in als bedoeld in artikel 90, lid 2, van het Statuut. Hierin betoogde zij dat het in het belang van de dienst was om haarzelf te bevorderen tot de rang B 1 en om de B 2-post, die de heer Marchal bekleedde in Washington, terug te geven aan het directoraat-generaal Energie, waartoe de post ook behoorde. De

bevordering van de heer Marchal tot de rang B 1 was volgens verzoekster evenwel niet in het belang van de dienst. Waar het Agentschap de beschikking had gekregen over een B 1-post zou het tot aanstelling bevoegde gezag bij een juist gebruik van zijn bevoegdheden haar hebben moeten bevorderen naar die post, waardoor haar eigen B 2-post zou zijn vrijgekomen voor de heer Marchal en diens B 2-post zou kunnen worden teruggeven aan het directoraat-generaal Energie. Verzoekster verzocht aldus tewerk te gaan.

Toen deze klacht onbeantwoord bleef, stelde verzoekster op 22 februari 1977 het onderhavige beroep in. Daarin vorderde zij nietigverklaring van de aankondiging van vacature COM/267/76, van de besluiten tot afwijzing van haar sollicitatie en tot benoeming van de heer Marchal op die post, alsmede van het stilzwijgend besluit tot afwijzing van haar klacht.

Tot zover in grote lijnen de belangrijkste feiten. Ik wil hierbij nog vermelden dat de Commissie voor 1977 een nieuwe procedure voor bevorderingen van de ene loopbaan naar de andere in de categorieën B en C had vastgesteld (zie bijlage IX bij de conclusie van dupliek). Op grond van deze procedure had de directeur-generaal van het Voorzieningsagentschap verzoekster voorgedragen voor bevordering tot B 1. Deze aanbeveling is evenwel niet overgenomen. Dit laatste is het onderwerp van verzoeksters tweede beroep, zaak 25/78, welke voor de Tweede Kamer dient.

De Commissie betoogt dat het onderhavige beroep niet-ontvankelijk is, voor zover het de geldigheid van de aankondiging van vacature bestrijdt. Ter ondersteuning van haar betoog voert de Commissie twee argumenten aan, die mijns inzien echter beide falen.

Het eerste argument van de Commissie is dat de bekendmaking van een aankondiging van vacature niet kan worden beschouwd als een nadelig besluit en dat

zo'n besluit derhalve niet voor Uw Hof kan worden bestreden. Dit is volledig onjuist: zie zaak 79/74, *Küster t. Parlement*, Jurisprudentie 1975, blz. 725, waarin het Hof het tegendeel besliste.

In de tweede plaats betoogt de Commissie dat verzoekster in feite niet zozeer de aankondiging van vacature bestrijdt als wel het besluit om de nieuwe post voor Washington te bestemmen. De Commissie zegt dit besluit te hebben genomen in de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid om haar afdelingen en diensten naar eigen goeddunken in te richten, zodat dit besluit niet in rechte door een ambtenaar kan worden bestreden. Ter ondersteuning van haar bewering verwijst de Commissie naar de gevoegde zaken 109/63 en 13/64, *Muller t. Commissie*, Jurisprudentie 1964 blz. 1357. In deze zaak ging het echter niet om een besluit ten aanzien van een bepaald ambt, maar om de vaststelling door de Commissie van een algemene regel, namelijk dat in alle afdelingen of diensten welke slechts één ambt in de categorie A hebben, de vervanging van de bekleeder van dit ambt zal geschieden door een ambtenaar in de categorie A van een andere afdeling of dienst.

Ik ben echter van mening, dat, ook al zou het onderhavige besluit door de Commissie zijn genomen in de uitoefening van de door haar genoemde discretionaire bevoegdheid, verzoekster niettemin gerechtigd is om de aankondiging van vacature, als uitdrukking van het besluit, ongeldig te doen verklaren indien dat besluit een schending van enige bepaling van het Statuut dan wel misbruik van bevoegdheden zou opleveren en verzoekster hierdoor wordt benadeeld (zie de gevoegde zaken 18 en 35/65, *Gutmann t. Commissie*, Jurispr. 1966 blz. 151, en de zaak 17/68, *Reinartz t. Commissie*, Jurispr. 1969 blz. 62).

Ik kom nu toe aan de kern van de zaak.

Wat dat betreft, is verzoeksters beroep wel wat vreemd geformuleerd, aangezien wordt verklaard dat het op één en

kele grond rust, terwijl vervolgens drie gronden worden aangevoerd:

1. Schending van artikel 7, lid 1, van het Statuut, aangezien het tot aanstelling bevoegde gezag niet „uitsluitend in het belang van de dienst” zou hebben gehandeld;
2. Misbruik van bevoegdheid, aangezien het gezag zijn bevoegdheden zou hebben aangewend met de ongeoorloofde bedoeling om de bevordering van de heer Marchal te bewerkstelligen;
3. Schending van artikel 45, lid 1, van het Statuut, aangezien verzoeksters laatste periodieke beoordelingsrapport niet beschikbaar was ten tijde van de vergelijkende beoordeling van de verdiensten der kandidaten.

Gronden 1. en 2. komen mijns inziens neer op eenzelfde grief en ik zou deze tezamen eerst willen behandelen.

Evenals destijds in haar administratieve klacht baseert verzoekster zich in haar beroep op de stelling dat, indien er slechts één B 1-post voor het Agentschap beschikbaar kon worden gesteld, deze post aan haar had moeten worden toegekend, op grond dat zij reeds zeventien jaar lang de werkzaamheden van een ambtenaar in de rang B 1 had uitgeoefend, dat zij aanzienlijk ouder was dan de heer Marchal en dat zij zijn senior was in de rang B 2. In de toekenning van de post aan de heer Marchal ziet zij een miskenning van het belang van de dienst, respectievelijk misbruik van bevoegdheid, daar de post reeds was voorbestemd voor de heer Marchal.

Een dergelijke stelling kan mijns inziens niet staande worden gehouden.

Volgens Uw rechtspraak mag ingevolge artikel 7, lid 1, van het Statuut van een ambtenaar niet worden verlangd dat hij, behalve ad interim, werkzaamheden uitoefent van een boven zijn rang gelegen niveau; de aanvaarding van die werkzaamheden kan wel met het oog op een eventuele bevordering in aanmer-

king worden genomen, doch geeft betrokkene geen aanspraak op een andere indeling: zie zaak 28/72, *Tontodonati t. Commissie*, Jurisprudentie 1973, blz. 779 (achtste overweging) en zaak 189/73, *Van Reenen t. Commissie*, Jurisprudentie 1975, blz. 445 (zesde overweging). Beide partijen hebben een vroegere uitspraak aangehaald, namelijk in de zaak 77/70, *Prelle t. Commissie*, Jurisprudentie 1975, blz. 561, maar die lijkt mij hier niet ter zake dienend.

Vermelding verdient dat in de betrokken tijd de directeur-generaal van het Voorzieningsagentschap, die kennelijk het meest was geporteerd voor verzoekster (dit blijkt niet alleen uit de documenten die ik reeds heb genoemd doch ook uit haar periodieke beoordelingsrapporten — bijlagen 6 en 7 bij het verzoekschrift, bijlage 1 bij het verweerschrift), twee jaar achtereen — tevergeefs — een B 1-post voor haar had aangevraagd. Ik geloof de Commissie graag dat het in de versoberingssfeer rond de opstelling van de begroting voor 1976 van alle gemeenschapsinstellingen zinloos zou zijn geweest twee B 1-posten aan te vragen voor een zo klein orgaan als het Voorzieningsagentschap. Het resultaat had kunnen zijn dat geen enkele post zou zijn toegewezen. Zelfs afgezien van de tussenkomenst van de heer Simonet, moest de directeur-generaal derhalve uitmaken wie van de twee verdienstelijke ambtenaren, voor wie hij het jaar tevoren B 1-posten had aangevraagd, de meest veeleisende werkzaamheden verrichtte. Vanzelfsprekend moest hij daartoe in beide gevallen zien naar de aard der werkzaamheden behorende bij de functie, en niet naar de leeftijd, ouderdom in rang, diensttijd of persoonlijke verdiensten van de bekleder van het ambt. Over de aard der werkzaamheden die de heer Marchal verrichtte, worden wij ruimschoots voorgelicht zowel door de nota's waarnaar ik heb verwezen, als door de periodieke beoordelingsrapporten van betrokkene (bijlagen II, III en IV bij het verweerschrift). Op grond van

deze gegevens had de directeur-generaal mijns inziens zonder meer het standpunt kunnen innemen dat deze werkzaamheden overeenstemden met een B 1-post en dat zij bovendien veeleisender waren dan de werkzaamheden van bureauhoofd van het Agentschap, ook al kwamen deze laatste evenzeer overeen met een B 1-post.

Niets wijst erop dat de directeur-generaal en daarna de Commissie niet te goeder trouw tot dit standpunt zijn gekomen, behalve dan dat de heer Simonet persoonlijk ten behoeve van de heer Marchal had geïntervenieerd en dat naar deze interventie werd verwezen in de nota van de directeur-generaal van 25 maart 1975. Naar mijn mening zijn het juist deze twee feiten die de zaak compliceren. Na enige aarzeling ben ik echter tot de conclusie gekomen dat zij niet zwaar genoeg wegen om een nietigverklaring te vragen van het besluit de post voor Washington te bestemmen; en als dit besluit geldig is kan ook de inhoud van de aankondiging van vacature bezwaarlijk worden gemaakt.

Ik kom thans tot de kwestie van artikel 45, lid 1, van het Statuut.

In de zaak 29/74, *De Dapper t. Parlement* (Jurispr. 1975, blz. 35) heeft het Hof, op de voet van eerdere uitspraken (ibidem, blz. 44 — 45), besluiten tot benoeming bij wege van bevordering vernietigd op grond dat ten tijde van het onderzoek naar de verdiensten van kandidaten geen periodieke beoordelingsrapporten van alle kandidaten voorhanden waren. Het Hof overwoog dat de gevolgde procedure niet voldeed aan de eisen van artikel 45. In de zaak 61/76, *Geist t. Commissie* (Jurispr. 1977 blz. 1420) beklemtoonde het Hof nogmaals dat de gemeenschapsinstellingen zich strikt dienen te houden aan hun in artikel 43 van het Statuut neergelegde verplichting om te zorgen dat de beoordelingsrapporten van hun ambtenaren op de voorgeschreven data worden opge-
maakt. In die zaak viel er geen besluit

nietig te verklaren, maar het Hof kende aan verzoeker wiens beoordelingsrapporten in achterstand waren een aanzienlijke schadevergoeding toe, ook al kon hij niet aantonen hierdoor enige materiële schade te hebben geleden.

Ik kan voorbijgaan aan de vraag of verzoekster op grond van deze uitspraken recht zou hebben gehad op schadevergoeding, zo zij deze had geëist. Zij heeft, waarschijnlijk omdat zij zich veel-
eer gekrenkt voelt in haar trots dan financieel geschaad, geen schadevergoeding gevorderd. De enige vraag is dan ook of het feit dat haar laatste beoordelingsrapport niet was opgesteld ten tijde van het onderzoek naar de verdiensten van de kandidaten die voor bevordering naar de nieuwe post in aanmerking kwamen, een grond is voor nietigverklaring van de benoeming van de heer Marchal op die post.

Op zichzelf ware deze vraag, gezien Uw arrest *De Dapper t. Parlement*, zonder meer bevestigend te beantwoorden. In een aantal arresten heeft Uw Hof evenwel uitgemaakt dat een ambtenaar die de geldigheid van een administratieve beslissing bestrijdt, zich in beginsel niet kan beroepen op een onregelmatigheid in de procedure die tot die beslissing heeft geleid, tenzij hij kan aantonen dat hij zonder die onregelmatigheid in een betere positie zou hebben verkeerd. De eerdere uitspraken in die zin heb ik opgesomd in mijn conclusie in de zaak 90/74, *Deboeck t. Commissie* (Jurispr. 1975, blz. 1124) waarna bovengenoemd principe nogmaals werd bevestigd in het arrest in die zaak zelf (overwegingen 11 — 15) en recenter nog in de zaak 9/76, *Morello t. Commissie* (Jurispr. 1976, blz. 1415, overweging 11). Van de vroegere uitspraken is er één die met de onderhavige zaak bijzonder veel gelijkens vertoont, namelijk zaak 115/73, *Serio t. Commissie* (Jurispr. 1974, blz. 341), waarin het Hof weigerde een vergelijkend onderzoek te vernietigen op grond dat niet alle bewijsstukken van een teleurgestelde kandi-

daat aan het tot aanstelling bevoegde gezag waren voorgelegd, omdat niet bleek dat de bewijsstukken die niet waren overgelegd de doorslag in zijn voordeel zouden hebben gegeven (zie de 7e overweging).

Ik kan met de beste wil niet aannemen dat, indien in casu verzoeksters beoordelingsrapport over het tijdvak 1973-1975 beschikbaar was geweest ten tijde van het onderzoek naar de diensten der sollicitanten, het resultaat ook maar op enigerlei wijze anders zou zijn uitgevallen. Haar vroegere rapporten waren uiterst loffelijk, en het ontbrekende rapport had nauwelijks gunstiger kunnen zijn. Het uiteindelijk overgelegde rapport was inderdaad niet gunstiger (zie bijlage I bij het verweerschrift). Verzoekster heeft erop gewezen dat in dit rapport wordt vermeld dat, ten einde haar last te verlichten, enkele werkzaamheden die zij vroeger had verricht, in 1974

waren overgedragen aan een daartoe aangestelde ambtenaar van de categorie A, met de toevoeging dat deze overdracht geenszins moest worden geacht afbreuk te doen aan de capaciteiten van mevrouw De Roubaix. Het is mijns inziens echter duidelijk dat het bij de doorslaggevende hoedanigheden voor de benoeming op de post in Washington vooral aankomt op ervaring in de relaties met Amerikaanse agentschappen en firma's die kernbrandstoffen leveren. De heer Marchal had deze ervaring en verzoekster niet. Verzoekster had deze ervaring misschien kunnen verwerven — zoals de heer Marchal dat indertijd ook moest doen —, maar aangezien de heer Marchal zijn werkzaamheden kennelijk naar eenieders tevredenheid verrichtte, kon het niet in het belang van de dienst zijn dat de Commissie op dit punt ging experimenteren.

Ondanks al mijn sympathie voor verzoekster geloof ik uiteindelijk niet dat zij in het onderhavige beroep kan slagen.

Rest ten slotte het probleem van de kosten. Uit de artikelen 69 en 70 van het Reglement voor de procesvoering leid ik af dat in een ambtenarenzaak waarin de verzoekende partij in het ongelijk wordt gesteld, elk der partijen normaliter haar eigen kosten draagt. Het Hof kan evenwel de verzoekende partij die ten laste van de instelling kosten heeft veroorzaakt die vergeefs zijn aangewend dan wel van vexatoire aard zijn, veroordelen tot vergoeding van deze kosten. Indien verweerster, hoewel uiteindelijk in het gelijk gesteld, op sommige punten in haar verweer heeft gefaald, kan zij worden veroordeeld tot een deel van verzoekers kosten, ongeacht of die kosten vergeefs werden aangewend dan wel van vexatoire aard waren.

In de zaak 54/77, *Herpels t. Commissie* (9 maart 1978 — nog niet gepubliceerd), deed zich het geval voor dat in een ambtenarenzaak een van verzoekers vorderingen vexatoire was, terwijl verweerder, die uiteindelijk in het gelijk werd gesteld, zich op enkele punten betreffende de ontvankelijkheid van het beroep, zag afgewezen. Het Hof liet de twee elementen tegen elkaar wegvallen en verwees elk der partijen in haar eigen kosten.

In het onderhavige geval was geen van verzoeksters vorderingen mijns inziens vexatoire doch — zo U mijn standpunt deelt — faalde de Commissie in haar ontvankelijkheidsbezwaren.

Bijgevolg ware de Commissie te verwijzen in zeg een derde van verzoeksters kosten.