

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
C. O. LENZ
van 1 april 1993 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

A — Inleiding

1. Deze zaak betreft een hogere voorziening van het Europees Parlement tegen een arrest, op 12 februari 1992 door het Gerecht van eerste aanleg gewezen in zaak T-52/90, betreffende een beroep ingesteld door de ambtenaar C. Volger.¹

2. Verzoeker is voor het Gerecht onder meer opgekomen tegen het besluit van het Parlement tot afwijzing van zijn sollicitatie naar een post waarin volgens de kennisgeving van vacature door overplaatsing moest worden voorzien. Het Gerecht stelde verzoeker op twee punten in het gelijk en wees zijn beroep daarom toe. Het was op de eerste plaats van oordeel, dat nu verzoeker niet was gehoord, het bestreden besluit is genomen in een procedure die ongeldig is wegens inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling en het recht van de ambtenaar om te worden gehoord², en in de tweede plaats, dat de afwijzing van verzoekers sollicitatie niet met redenen omkleed was.³

3. Het Parlement betoogt in hogere voorziening, dat de beoordeling van het Gerecht op de genoemde punten in strijd is met het gemeenschapsrecht.

4. Het Parlement concludeert dat het den Hove behage:

1) het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 12 februari 1992 nietig te verklaren;

2) de door het Parlement in eerste aanleg voorgedragen conclusies toe te wijzen, dat wil zeggen:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— te beslissen over de kosten naar recht;

3) uitspraak te doen over de kosten van de hogere voorziening in overeenstemming met de bepalingen van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

Volger concludeert dat het den Hove behage:

— de hogere voorziening te verwerpen;

— het Parlement te verwijzen in de kosten.

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Jurispr. 1992, blz. II-121.

2 — R. o. 24-30 van het bestreden arrest.

3 — R. o. 36-43 van het bestreden arrest.

5. Waar nodig zal ik in mijn conclusie ingaan op verdere details van de voorgeschiedenis van het geding, de inhoud van het bestreden arrest en de argumenten van de partijen. Voor het overige verwijs ik naar het rapport ter terechtzitting.

B — Standpuntbepaling

I — Het middel van het Parlement betreffende de overwegingen van het Gerecht over het feit dat verzoeker niet is gehoord

6. Dit middel omvat twee onderdelen. Het eerste onderdeel heeft betrekking op „het recht van de ambtenaar om te worden gehoord”⁴; het Gerecht stelt uitdrukkelijk dat hierop inbreuk is gemaakt⁵. Het tweede onderdeel betreft het „vergelijkend onderzoek van de verdiensten der kandidaten.”⁶ In het kader van dit onderdeel onderzoekt het Parlement, na enkele opmerkingen over het feitelijk verloop van de procedure, het begrip vergelijkend onderzoek van de verdiensten in het algemeen⁷, en vervolgens de door het Gerecht vastgestelde inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling.⁸

7. 1. In dit verband moet worden vastgesteld, dat uit het bestreden arrest niet a priori duidelijk is hoe de door het Gerecht vastgestelde inbreuk op het recht om te worden gehoord en de inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling moeten worden verklaard. Om de bezwaren van het Parlement naar behoren te kunnen beoordelen, moet hierover eerst opheldering worden verkregen door een onderzoek van de overwegingen van het arrest.

8. Het Gerecht heeft met betrekking tot het middel betreffende het horen van verzoeker

allereerst opgemerkt, dat het tot aanstelling bevoegd gezag volgens artikel 29, lid 1, sub a, juncto artikel 45 van het Statuut gehouden is de verdiensten der ambtenaren die voor bevordering in aanmerking komen, alsmede de beoordelingsrapporten die over hen zijn uitgebracht, onderling te vergelijken. Deze verplichting beantwoordt onder meer aan het beginsel van gelijke behandeling.⁹

9. In de verdere overwegingen gaat het Gerecht echter niet in op het specifieke aspect van gelijke behandeling. Het Gerecht werpt daarin meer in het algemeen de vraag op of het Parlement „in de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid inderdaad een dergelijk vergelijkend onderzoek heeft verricht in verband met verzoekers sollicitatie”.¹⁰ In dit verband herinnert het Gerecht in de eerste plaats¹¹ aan het arrest van het Hof in de zaak Technische Universität München¹², waarin het Hof heeft verklaard, dat „wanneer de instellingen van de Gemeenschap over een dergelijke beoordelingsvrijheid beschikken, de naleving van de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen des te meer van fundamenteel belang is”. Tot die waarborgen behoort volgens het aangehaalde arrest van het Hof met name „het recht van de belanghebbende om zijn standpunt kenbaar te maken.”

10. In een tweede fase¹³ zet het Gerecht gedetailleerd uiteen, dat uit de verschillende elementen van het dossier blijkt dat het tot aanstelling bevoegd gezag zijn beoordeling van de verdiensten van de verschillende kandidaten onder meer wilde baseren op een

4 — Punt 15 en volgende van de hogere voorziening.

5 — R. o. 29 van het bestreden arrest.

6 — Punt 22 van de hogere voorziening.

7 — Punt 28 van de hogere voorziening.

8 — R. o. 29 van het bestreden arrest.

9 — R. o. 24 van het bestreden arrest.

10 — R. o. 25 van het bestreden arrest.

11 — R. o. 26 van het bestreden arrest.

12 — Arrest van 21 november 1991, zaak 269/90, Technische Universität München/Hauptzollamt München-Mitte, Jurispr. 1991, blz. I-5469.

13 — R. o. 27 en 28 van het bestreden arrest.

onderhoud van elk hunner met de heer Janssen, het voor de vacature verantwoordelijke afdelingshoofd. Ten aanzien van verzoeker is het echter afgeweken van het aldus vastgestelde en op de andere sollicitanten toegepaste beginsel. In het kader van de litigieuze procedure heeft verzoeker namelijk niet de gelegenheid gehad een dergelijk gesprek met de heer Janssen te voeren; het eerder reeds met hem gevoerde gesprek kan niet in aanmerking worden genomen daar het vóór de kennisgeving van vacature en zonder enig verband met de procedure ter voorziening in de betrokken post heeft plaatsgevonden. Hieruit volgt, dat de heer Janssen geen kennis heeft kunnen nemen van verzoekers standpunt en zijn verdiensten niet heeft kunnen beoordelen in het licht van de in de kennisgeving van vacature gestelde voorwaarden.¹⁴

11. Gelet op deze redenering van het Gerecht ben ik van mening, dat het Gerecht het „recht van de ambtenaar om te worden gehoord” als een door het Statuut niet uitdrukkelijk voorziene waarborg voor de procedure beschouwt, die echter op grond van 's Hof's arrest in de zaak Technische Universität München in procedures betreffende overplaatsing en bevordering in het algemeen van toepassing is. Het Gerecht legt namelijk een verband tussen het aldus omschreven recht en de omstandigheid dat het tot aanstelling bevoegd gezag met het oog op de afweging van de verdiensten van de sollicitanten een „discretionaire bevoegdheid”¹⁵ respectievelijk een „beoordelingsvrijheid”¹⁶ heeft. Deze omstandigheid geldt voor iedere procedure van deze aard en kan niet in verband worden gebracht met het in rechtsoverweging 29 van het arrest — naast het recht om te worden gehoord — genoemde beginsel van gelijke behandeling, waarvan de toetsing uiteraard een onderzoek van de feiten van het geval vereist.

12. Wanneer men deze uitlegging van het bestreden arrest aanvaardt, voor zover het betrekking heeft op het „recht van de ambtenaar om te worden gehoord”, dan blijkt vanzelf de draagwijdte van de door het Gerecht vastgestelde schending van het beginsel van gelijke behandeling. Deze schending bestaat dan daarin, dat verzoeker geen gesprek met de heer Janssen werd toegestaan, zulks in strijd met de door het Parlement vastgestelde en bij de andere kandidaten ook nageleefde procedure.

13. 2. Op deze basis moeten de twee bovengenoemde onderdelen van het door het Parlement aangevoerde middel worden onderzocht.

14. a) Met betrekking tot de door de rechter in eerste aanleg inzake het „recht van de ambtenaar om te worden gehoord” ontwikkelde overwegingen, wijst het Parlement in de eerste plaats op het onweersproken feit, dat voor gevallen als het onderhavige een dergelijk recht niet in het Statuut is voorzien. Het Gerecht gaat eraan voorbij, dat de administratie ook volgens de relevante rechtspraak niet verplicht is de sollicitanten — ongeacht of in de vacature wordt voorzien via overplaatsing, bevordering of een procedure van vergelijkend onderzoek — systematisch te horen.¹⁷ Deze rechtspraak voorziet alleen in een onderhoud wanneer de administratie maatregelen neemt die ernstig inbreuk

14 — R. o. 28 van het bestreden arrest.

15 — R. o. 25 van het bestreden arrest.

16 — R. o. 26 van het bestreden arrest.

17 — De potentiële uitzonderingen op dit beginsel, die het Parlement zelf erkent, zijn van verschillende aard en moeten daarom telkens in hun context worden onderzocht. In dit verband moet worden vastgesteld, dat het Parlement enerzijds in punt 18 van de hogere voorziening verwijst naar het arrest Mollet (13 april 1978, zaak C-75/77, Jurispr. 1978, blz. 897). Bij de grondslag waarop dit arrest gebaseerd is, sluit ik mij in dit deel van mijn conclusie aan. Voorzover het Parlement er anderzijds van uitgaat, dat er geen instructie van de bevoegde diensten van het Parlement bestaat volgens welke in het kader van de eerder in de tekst omschreven administratieve handelingen (par. 20 van de hogere voorziening) een gesprek moet plaatsvinden en dat ook in de kennisgeving van de vacature geen onderhoud was voorzien (par. 21 van de hogere voorziening), zal ik verder in mijn conclusie (punt 38 e. v.) nader op dit argument ingaan.

kunnen maken op de belangen van de betrokkene. Aan deze voorwaarde is hier niet voldaan. De overwegingen van het arrest in de zaak Technische Universität München kunnen niet zonder meer worden getransponeerd op het gebied van het Europees ambtenarenrecht.

15. Bij dit standpunt van het Parlement wil ik mij in wezen aansluiten.

16. aa) In de eerste plaats moet worden vastgesteld, dat het Gerecht ten onrechte heeft aangenomen dat het feit dat het tot aanstelling bevoegd gezag bij overplaatsingen en bevorderingen over een beoordelingsvrijheid beschikt, volstaat als grondslag voor het recht om te worden gehoord.¹⁸ Dit feit betekent op zichzelf namelijk niet dat het gewettigd belang van de betrokkene in een bepaald geval vereist dat hij wordt gehoord. Zowel de aard van de procedure, die leidt tot discretionaire besluiten, als het karakter van die besluiten kan uiteenlopende gevolgen hebben voor dit belang. Zo gezien, zou het door het Gerecht ontwikkelde beginsel de vlotte afwikkeling van administratieve maatregelen remmen, zonder dat aan de toepassing daarvan voorwaarden zijn gesteld die zulks rechtvaardigen. Dit zou in strijd zijn met het beginsel van behoorlijk bestuur.

17. Het wekt dan ook geen verbazing, dat de mening van het Gerecht berust op een onjuiste uitlegging van het arrest in de zaak Technische Universität München, zoals bij nader onderzoek van dit arrest blijkt.

18. In die zaak verzocht een importeur met een beroep op verordening nr. 1798/75¹⁹ om vrijstelling van invoerrechten voor een wetenschappelijk apparaat. Krachtens arti-

kel 3, lid 1, sub b, van deze verordening geschiedt de vrijstelling wanneer „thans” geen instrumenten of apparaten van overeenkomstige wetenschappelijke waarde in de Gemeenschap worden vervaardigd. Gezien deze voorwaarde had de krachtens de uitvoeringsverordening nr. 2784/79²⁰ geraadpleegde commissie beslist, dat bedoeld toestel niet met vrijstelling van invoerrechten kon worden ingevoerd aangezien in de Gemeenschap apparaten van overeenkomstige wetenschappelijke waarde werden vervaardigd die voor dezelfde doeleinden konden worden gebruikt. Dit besluit was gebaseerd op de aanbeveling van een groep deskundigen. Verordening nr. 2784/79 biedt de betrokkene echter niet de mogelijkheid om voor de groep van deskundigen zijn standpunt kenbaar te maken of opmerkingen te maken over de gegevens waarover de groep beschikt, dan wel commentaar te leveren inzake het door de groep uitgebrachte advies.²¹

19. Aangezien in de administratieve procedure betreffende de vrijstelling van invoerrechten voor wetenschappelijke toestellen „ingewikkelde technische problemen aan de orde zijn”²², bestaat het gevaar, wanneer die mogelijkheid ontbreekt, dat de grondslag voor het besluit van de Commissie onvolledig is: de technische eigenschappen waarover het wetenschappelijk apparaat in verband met zijn bestemming dient te beschikken, zijn het best bekend bij de importerende instelling.²³

20. Uit een en ander blijkt, dat het in het arrest ontwikkelde beginsel niet alleen volgt uit de beoordelingsvrijheid waarover het betrokken gemeenschapsorgaan bij besluiten

18 — R. o. 25 juncto jo. 26 van het bestreden arrest.

19 — Verordening van de Raad van 10 juli 1975 betreffende de invoer met vrijstelling van de rechten van het gemeenschappelijk douanetarief voor voorwerpen van opvoedkundige, wetenschappelijke of culturele aard (PB 1975, L 184, blz. 1).

20 — Verordening van de Commissie van 12 december 1979 betreffende de vaststelling van uitvoeringsbepalingen voor verordening (EEG) nr. 1798/75 (PB 1979, L 318, blz. 32).

21 — R. o. 23 van het arrest in zaak C-269/90.

22 — R. o. 13 van het arrest in zaak C-269/90.

23 — R. o. 24 van het arrest in zaak C-269/90.

over vrijstelling van invoerrechten beschikt, doch nauw verband houdt met de wetenschappelijke en technische aard van de beoordeling.

21. Voorts is het arrest gebaseerd op de overweging, dat het nemen van een besluit zonder dat de betrokken importeur wordt gehoord, afbreuk kan doen aan zijn recht op verweer²⁴, voor zover het is gebaseerd op — voor hem schadelijke — feiten en documenten, en de betrokkene niet de gelegenheid krijgt zelf zijn standpunt kenbaar te maken.²⁵ Ook dit is mijns inziens destijds voor het Hof een beslissend element geweest om de betrokken importeur het recht toe te kennen om te worden gehoord.

22. De vaststelling van het Gerecht dat Volger wegens de beoordelingsvrijheid van het tot aanstelling bevoegd gezag een recht toekomt om te worden gehoord, vindt dus ook in het arrest in de zaak Technische Universität München geen steun. Dit middel moet derhalve in zijn geheel worden verworpen, aangezien het niet wordt gerechtvaardigd door de tot staving ervan aangevoerde redenen.

23. bb) Voorts moet worden onderzocht of de aard van de maatregel in andere opzichten vereist, dat Volger wordt gehoord. Zo ja, dan zou het Hof de conclusie van het Gerecht op die gronden kunnen handhaven.²⁶

24. In dit verband moet worden opgemerkt, dat het Hof in het verleden op het gebied van het Europees ambtenarenrecht — als

extra procedurele garantie die verder gaat dan het Statuut — in twee gevallen het recht om te worden gehoord heeft erkend.

25. Het eerste recht houdt nauw verband met het in het arrest Technische Universität München toegekende recht. Het is het recht van de betrokkene om zijn standpunt te bepalen over verklaringen van derden of documenten die het tot aanstelling bevoegd gezag in het kader van een besluit wil gebruiken en die voor hem nadelig zijn.²⁷ Dit recht is specifiek erkend in artikel 26, lid 2, van het Statuut²⁸, doch geldt ook buiten de toepassingsfeer van deze bepaling. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een jury in een procedure van vergelijkend onderzoek — althans ten dele — is uitgegaan van inlichtingen of adviezen van hiërarchieke meerderen om kandidaten van deelneming uit te sluiten.²⁹

26. Ook mogen de resultaten van met het oog op de aanwerving verrichte medische onderzoeken niet tegen de kandidaat worden gebruikt wanneer het hem niet was toegestaan daarvan — via zijn vertrouwensarts — kennis te nemen en daarover zijn standpunt te bepalen.³⁰

27. De mogelijkheid om een standpunt te bepalen, waarover de betrokkene volgens deze beginselen beschikt, geldt dus ten aanzien van voor hem nadelige verklaringen en documenten. Het Gerecht voert echter geen feiten van deze aard aan, doch zou onafhan-

24 — Zie inzake ambtenarenrecht: arrest van 1 oktober 1991, zaak C-283/90 P, Vidrányi, Jurispr. 1991, blz. I-4339, r. o. 20.

25 — R. o. 25 van het arrest in zaak C-269/90.

26 — Zie arrest van 9 juni 1992, zaak C-30/91 P, Lestelle, Jurispr. 1992, blz. I-3755, r. o. 27; beschikking van 3 december 1992, zaak C-32/92 P, Macrae Moat, Jurispr. 1992, blz. I-6379, r. o. 11.

27 — Zie arrest van 1 oktober 1991, Vidrányi, zaak C-283/90 P, Jurispr. 1991, blz. I-4339, r. o. 20.

28 — Zie bijvoorbeeld het arrest van het Gerecht van 5 december 1990, Marcato, zaak T-82/89, Jurispr. 1990, blz. II-735, r. o. 73 e. v., met verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof in r. o. 78.

29 — Arresten van 11 maart 1986, Sorani, zaak C-293/84, Jurispr. 1986, blz. 967, en Adams, zaak C-294/84, Jurispr. 1986, blz. 977.

30 — Arrest van 27 oktober 1977, Moli, zaak 121/76, Jurispr. 1977, blz. 1971; arrest van 13 april 1978, Mollet, zaak 75/77, Jurispr. 1978, blz. 897.

kelijk daarvan een recht om te worden gehoord willen toekennen, namelijk in het algemeen, en als onderdeel van een „waarborg van een echt vergelijkend onderzoek van de sollicitatie door het tot aanstelling bevoegd gezag”. Het aldus omschreven recht vindt dus geen steun in de hier behandelde rechtspraak van het Hof.

28. Vastgesteld moet echter worden, dat verzoeker in eerste aanleg heeft betoogd, dat hij geen gelegenheid heeft gehad om opmerkingen te maken over het advies van het afdelingshoofd te 's-Gravenhage, waarop het Parlement zich heeft gebaseerd om zijn sollicitatie af te wijzen.³¹ Hiertoe doet hij een beroep op een van de aangehaalde arresten.³² Het Parlement heeft op dit punt echter aangevoerd — en uit het bestreden arrest blijkt niet dat verzoeker een andere mening toegeedaan is —, dat genoemd afdelingshoofd zich ertoe heeft beperkt een advies te geven over de aanstelling³³ (en dus niet over eerdere feiten uit verzoekers loopbaan, die voor hem nadelig kunnen zijn). Ook in dit opzicht kunnen de conclusies van het Gerecht inzake verzoekers recht om te worden gehoord dus niet worden gehandhaafd.

29. Het Hof heeft het bestaan van een ander soort recht om te worden gehoord erkend in de zaken Almini³⁴ en Oslizlok³⁵, namelijk in het geval van ontheffing uit een ambt (artikel 50 van het Statuut) zonder aanstelling op een andere post. De betrokkene moet worden gehoord over de voorgenomen maatregel zelf, over de mogelijkheden van een andere tewerkstelling en over de gronden die het tot

aanstelling bevoegd gezag daarbij in aanmerking wil nemen.³⁶

30. Ook dit recht om te worden gehoord heeft niets te maken met het recht dat het Gerecht verzoeker heeft toegekend. Verzoeker moet volgens het Gerecht de gelegenheid hebben in een mondeling onderhoud met Janssen zijn verdiensten toe te lichten en niet om opmerkingen te maken over een voorgenomen bezwarend besluit.³⁷

31. cc) Uit dit onderzoek van de rechtspraak blijkt, dat in het kader van de onderhavige zaak geen plaats is voor een „recht om te worden gehoord” in de tot dusver erkende zin van een buiten het Statuut toegekende bijkomende procedurele waarborg.

32. Mijns inziens berust deze conclusie niet op een toeval. Een dergelijk recht vereist namelijk logischerwijze, dat de belangen van de betrokkene worden bedreigd door een specifiek, niet in het Statuut voorzien gevaar dat door een onderhoud kan worden afgewend.

33. In casu bestaat echter geen gevaar van deze aard. Een recht om te worden gehoord, in de zin van een dergelijke procedurele waarborg, kan verzoeker dus niet worden toegekend.

34. Een andere vraag is, of het tot aanstelling bevoegd gezag zonder verzoeker te hebben gehoord beschikte over de basis die het Statuut (zelf) verlangt voor een deugdelijke

31 — R. o. 22 van het bestreden arrest.

32 — Arrest Adams, zie voetnoot 27.

33 — R. o. 23 van het bestreden arrest.

34 — Arrest van 30 juni 1971, Almini, zaak 19/70, Jurispr. 1971, blz. 623.

35 — Arrest van 11 mei 1978, Oslizlok, zaak 34/77, Jurispr. 1978, blz. 1099.

36 — Arrest Almini, r. o. 12-16, en arrest Oslizlok, r. o. 27-37.

37 — Daarbij zou het alleen kunnen gaan om een afwijzing van zijn sollicitatie. Deze kan natuurlijk niet het onderwerp van het onderhoud zijn.

beoordeling van zijn sollicitatie. Daarop zal ik in het volgende punt ingaan.

35. b) Thans moet worden onderzocht of, zoals het Gerecht meent, het tot aanstelling bevoegd gezag inbreuk heeft gemaakt op het beginsel van gelijke behandeling door verzoeker, anders dan de andere sollicitanten, niet de gelegenheid te geven het voorziene onderhoud te voeren. De argumenten die het Parlement in antwoord op de relevante overwegingen van het Gerecht aanvoert, zijn in de eerste plaats gebaseerd op het begrip vergelijking van de verdiensten, dat ook het Gerecht als grondslag voor zijn motivering heeft gekozen.³⁸ Vooraf zijn dus enkele opmerkingen nodig over dit begrip³⁹, als kader voor het daaropvolgende onderzoek van de argumenten in hogere voorziening.⁴⁰

36. aa) Hoewel het door het Gerecht⁴¹ aangehaalde artikel 45 (bevordering) niet van toepassing is op de benoeming in een vacature door middel van *overplaatsing*, is niettemin onbetwistbaar dat het in deze bepaling gestelde vereiste van een vergelijkend onderzoek van de verdiensten in beginsel ook in een dergelijk geval gerechtvaardigd is. Aangezien het tot aanstelling bevoegd gezag volgens artikel 7 van het Statuut „uitsluitend in het belang van de dienst” overgaat tot *overplaatsing*, moet het aan de hand van de vereisten van de vacature alsmede van het dienstbelang de verdiensten van de sollicitanten naar deze post onderling vergelijken („afwegen”).⁴² De situatie is vergelijkbaar

met het geval waarin door bevordering in een post moet worden voorzien. In dat geval ligt namelijk bij de onderlinge vergelijking van de verdiensten overeenkomstig artikel 45 van het Statuut een bepaalde nadruk op het in aanmerking nemen van vroegere prestaties die juist voor de vacature van belang kunnen zijn. Gezien de gelijkheid van de criteria is het niet verbazingwekkend, dat het Gerecht ook heeft gesproken van „onderlinge vergelijking van de verdiensten van de kandidaten” in gevallen waarin zowel door *overplaatsing* als door bevordering in een post kan worden voorzien.⁴³ Daarom lijkt het gerechtvaardigd de volgens artikel 29, lid 1, sub a, juncto artikel 7 vereiste onderlinge vergelijking van de kandidaten aan te merken als „vergelijkend onderzoek van de verdiensten” en, voor zover zij op het onderhavige geval kunnen worden getransponeerd, de met betrekking tot artikel 45 in de rechtspraak ontwikkelde beginselen toe te passen.

37. Met betrekking tot de betekenis van de vereiste „afweging” voor de belangen van de sollicitanten moet het Gerecht worden toegegeven, dat het onder andere de gelijkheid van behandeling van de kandidaten moet waarborgen. Een keuze in het belang van de dienst betekent namelijk a contrario, dat men niet aan bepaalde ambtenaren ten nadele van hun collega's objectief niet gerechtvaardigde voordelen mag toekennen. Dit verbod maakt dus deel uit van de „voor de openbare dienst geldende beginselen van gelijke behandeling en objectiviteit.”⁴⁴

38. bb) De door het Gerecht vastgestelde inbreuk op dit vereiste van gelijke behande-

38 — Zie punt 8, supra.

39 — Zie hierna, punt 36 e. v.

40 — Zie hierna, punten 38 e. v. en 53 e. v.

41 — R. o. 24 van het bestreden arrest.

42 — Zie het arrest van 12 februari 1987, zaak 233/85, Bonino, Jurispr. 1987, blz. 739, r. o. 5; arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 3 maart 1993, zaak 1-25/92, Vela Palacios, Jurispr. 1993, blz. II-201, r. o. 40.

43 — Arrest van 25 februari 1987, zaak 52/86, Banner, Jurispr. 1987, blz. 979.

44 — Zie het arrest van 16 maart 1971, Bernardi, Jurispr. 1971, blz. 175, r. o. 27.

ling berust — uitsluitend of althans in de eerste plaats ⁴⁵ — op het feit dat het tot aanstelling bevoegd gezag in verzoekers geval is afgeweken van de procedure die het zelf heeft vastgesteld. ⁴⁶

39. Het Parlement betwist op dit punt de overweging van het Gerecht, dat

„uit de verschillende elementen van het dossier blijkt, dat het tot aanstelling bevoegd gezag zijn beoordeling van de verdiensten van de verschillende kandidaten onder meer wilde baseren op een onderhoud van elk hunner met het afdelingshoofd van het voorlichtingsbureau te 's-Gravenhage, Janssen.” ⁴⁷

40. Het Parlement wijst erop, dat een dergelijke bijzondere procedure in de kennisgeving van vacature nergens is voorzien. Ook bestaat er geen instructie van een bevoegde dienst van het Parlement waarin een dergelijke formaliteit wordt overwogen of voorgeschreven. ⁴⁸ De stukken waarnaar het Gerecht verwijst, namelijk de interne brieven van 5 en 27 september 1990 en het antwoord op de klacht van 20 december 1990, dateren allen van na de kennisgeving van vacature. ⁴⁹ Zij zijn gebaseerd op een vergissing van het afdelingshoofd dat verantwoordelijk is voor het bureau te 's-Gravenhage ⁵⁰, waarop het Parlement in eerste aanleg reeds heeft gewezen ⁵¹; naar aanleiding van het informele gesprek met verzoeker in juni 1989 heeft Janssen verklaard, dat hij met alle drie solli-

citanten een gesprek heeft gevoerd. ⁵² Ook het Gerecht heeft deze vergissing geconstateerd, want het is er bij zijn beoordeling rehtens van uitgegaan dat voor het besluit van het tot aanstelling bevoegd gezag over de aanstelling op de post slechts aan twee van de drie sollicitanten een onderhoud is toegeestaan. ⁵³

41. Vooraf moet over de aldus omschreven problematiek worden vastgesteld, dat de kritiek van het Gerecht op de handelwijze van het Parlement *niet* betekent, dat het Parlement *het resultaat van het informele onderhoud* van juni 1989 inderdaad als *uitgangspunt* voor de beoordeling van de verdiensten heeft genomen. Het Gerecht gaat er veeleer van uit, dat wat verzoeker betreft, dit vergelijkend onderzoek *geen grondslag* heeft die voldoet aan de tevoren vastgestelde criteria ⁵⁴, nu na de kennisgeving van vacature met hem geen onderhoud heeft plaatsgevonden. Volledig in overeenstemming met deze logica verklaart het Gerecht, dat het informele onderhoud van juni 1989 deze lacune niet kon vullen. ⁵⁵

42. Voor een goed begrip van de overwegingen van het arrest lijkt mij nog een ander punt van belang. Het Gerecht gaat er niet vanuit, dat de naleving van de volgens het Gerecht door het Parlement gekozen procedure tot de benoeming van een andere kandidaat zou hebben geleid. Van een dergelijke benoeming is nergens in het bestreden arrest sprake. Integendeel, blijkens r. o. 3 van het arrest is het onderhavige ambt vanaf 1 oktober 1988 „tot heden” door tijdelijke functionarissen vervuld. Verzoeker heeft dan ook alleen de afwijzing van zijn eigen sollicitatie betwist en niet de benoeming van een andere sollicitant. Op dit punt hecht het Gerecht

45 — Op het verschil in behandeling tussen de verzoeker en andere sollicitanten, dat ook als element van die inbreuk in aanmerking komt, zal ik hierna ingaan (punten 54 e. v.).

46 — R. o. 27 en 29 van het bestreden arrest.

47 — R. o. 27 van het bestreden arrest.

48 — Punt 33 alsmede punten 20 en 21 van de hogere voorziening.

49 — Punt 34 van de hogere voorziening.

50 — Punten 34 en 35 van de hogere voorziening.

51 — Punt 10 van de hogere voorziening.

52 — Punt 9 van de hogere voorziening.

53 — Punt 11 van de hogere voorziening.

54 — Zie r. o. 28, eerste alinea, van het bestreden arrest.

55 — R. o. 28, tweede alinea, van het bestreden arrest.

daarom beslissende waarde aan het feit dat het Parlement een procedure heeft vastgesteld die ten aanzien van verzoeker niet in acht genomen is.⁵⁶

43. Bezieet men de overwegingen van het arrest op deze wijze, dan blijkt de kritiek van het Parlement dat noch de kennisgeving van vacature noch de interne instructies van zijn diensten een onderhoud met de kandidaten voorschreven, uiteindelijk gerechtvaardigd te zijn.

44. Op grond van de door het Gerecht geanalyseerde stukken heeft het Gerecht namelijk alleen vastgesteld, dat het tot aanstelling bevoegd gezag oorspronkelijk — het is niet precies bekend op welk tijdstip — de bedoeling heeft gehad zijn beoordeling te baseren op een onderhoud met de sollicitanten. Daarentegen heeft het Gerecht geen aanknopingspunten gevonden waaruit blijkt, dat voor de onderhavige procedure ter voorziening in het ambt te 's-Gravenhage het vereiste van een onderhoud op *juridisch bindende wijze is vastgesteld*.

45. Het lijkt mij duidelijk, dat het tot aanstelling bevoegd gezag aan een procedurereguleer als hier bedoeld niet gebonden kan zijn om de enkele reden dat het op een bepaald tijdstip heeft gespeeld met de gedachte, een dergelijke regel toe te passen. Daarvoor is integendeel vereist, dat het tot aanstelling bevoegd gezag naar buiten uitdrukking heeft gegeven aan zijn voornemen, een bindend criterium voor zijn optreden te willen vaststellen.

46. Deze opvatting vindt steun in de rechtspraak. Ik verwijs hiertoe naar de arresten inzake de verplichting van het tot aanstelling bevoegd gezag om zich te houden aan de gegevens in de kennisgeving van vacature en aan de juryprocedures die bij de verschil-

lende gemeenschapsinstellingen zijn voorzien.

47. Met betrekking tot de verplichting zich te houden aan de gegevens in de kennisgeving van vacature heeft het Hof onlangs zijn vaste rechtspraak samengevat in die zin, dat het tot aanstelling bevoegd gezag

„bij de vergelijking van de verdiensten en de beoordelingen van de kandidaten weliswaar beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid en dat het deze met name kan uitoefenen met betrekking tot de te bezetten post, doch dat het daarbij niettemin het kader in acht dient te nemen dat het zichzelf in de kennisgeving van vacature heeft gesteld.”⁵⁷

48. De kennisgeving van vacature heeft namelijk tot doel

„de belanghebbenden zo juist mogelijk te informeren over de aard van de vereiste kwalificaties voor de vervulling van het desbetreffende ambt teneinde hen in staat te stellen te beoordelen of er voor hen aanleiding is te solliciteren.”⁵⁸

49. Bij vergelijking van de aangehaalde overwegingen met het onderhavige geval blijkt duidelijk, dat in casu juist het volgens deze rechtspraak beslissende element ontbreekt, namelijk het element van een uitdrukkelijke wilsverklaring van het tot aanstelling bevoegd gezag om zich rechtens te binden.

50. Een soortgelijke gedachte blijkt uit de rechtspraak met betrekking tot de zogenaamde juryprocedures. In het arrest Ragusa⁵⁹ overwoog het Hof dienaangaande:

57 — Arrest van 18 maart 1993, zaak C-35/92 R, Europees Parlement/Frederiksen, Jurispr. 1993, blz. I-991, r. o. 13.

58 — Arrest Frederiksen, zie voetnoot 57, r. o. 14.

59 — Arrest van 21 april 1983, zaak 222/81, Ragusa, Jurispr. 1983, blz. 1245, r. o. 18.

56 — Zie r. o. 27 en 29 van het bestreden arrest en de verwijzing in r. o. 29 naar het arrest Hoehbaum en Rawes (9 juli 1987, zaken 44/85, 77/85, 294/85 en 295/85, Jurispr. 1987, blz. 3259, r. o. 19).

„Wanneer het tot aanstelling bevoegd gezag vrijwillig bij interne ordemaatregel een bindende, zij het niet in het Statuut voorziene raadplegingsprocedure instelt, dient het een dergelijke procedure na te leven, zodat niet iedere rechtswaarde eraan kan worden ontzegt.”⁶⁰

51. Voor het onderhavige geval is mijns inziens beslissend, dat het Hof spreekt van een „maatregel” en de inhoud daarvan aanduidt als een „bindende” raadplegingsprocedure.

52. Aangezien in casu niet is voldaan aan de voorwaarden om het tot aanstelling bevoegd gezag te binden aan een bepaalde procedure, kon het Gerecht het optreden van het Parlement niet als onrechtmatig bestempelen op de enkele grond dat het van deze procedure is afgeweken — hetzij om redenen van gelijke behandeling hetzij om andere redenen. De kritiek van het Parlement op dit punt is derhalve gegrond, zonder dat behoeft te worden ingegaan op de argumenten van het Parlement tegen de conclusies die het Gerecht heeft getrokken uit de brieven van 5 en 27 september 1990 alsmede uit het antwoord van 20 december 1990 op verzoekers klacht.

53. cc) Vervolgens moet echter nog het door het Gerecht in r. o. 28 van het bestreden arrest genoemde punt worden onderzocht, namelijk dat verzoeker geen gesprek met Janssen heeft kunnen voeren, en dus niet op dezelfde wijze is behandeld als de andere kandidaten. Dit punt verschilt van het zojuist

behandelde probleem, dat betrekking had op de verplichte toepassing van een bepaalde procedure.

54. Weliswaar blijkt uit het bestreden arrest niet duidelijk of alleen het verschil in behandeling tussen de kandidaten volgens het Gerecht de onwettigheid van het bestreden besluit kon meebrengen. Het Hof moet zich echter in deze vraag verdiepen⁶¹, vooral omdat verzoeker dit punt in eerste aanleg uitdrukkelijk heeft opgeworpen.⁶²

55. Met betrekking tot de aldus omschreven problematiek heeft het Parlement in eerste aanleg de mening verdedigd, dat in het algemeen het persoonsdossier volstaat om een verzoek om overplaatsing te kunnen beoordelen. Bovendien kennen de verantwoordelijke ambtenaren van het betrokken directoraat-generaal verzoeker goed aangezien hij daar sinds ongeveer tien jaar tewerkgesteld is. Hij heeft geen nadeel geleden vergeleken met de andere ambtenaren. Aangezien dezen niet tot het directoraat-generaal behoorden, is voor hen wel een onderhoud georganiseerd.

56. Deze argumenten heeft het Parlement in hoofdzaak voor het Hof herhaald.

57. In dit verband moet worden vastgesteld, dat het met het begrip vergelijkend onderzoek van de verdiensten verbonden beginsel van gelijke behandeling niet slechts betekent dat de verdiensten volgens dezelfde criteria moeten worden vergeleken, maar ook „gelet

60 — In dezelfde zin het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 16 oktober 1990, zaak T-128/89, Brumter, Jurispr. 1990, blz. II-545 (summiere publicatie), r. o. 23 van de volledige tekst.

61 — Zie bovenstaand punt 24 in samenhang met de in punt 26 aangehaalde arresten.

62 — R. o. 22 van het bestreden arrest.

op vergelijkbare ambtsberichten en inlichtingen.”⁶³

58. Dit vereiste vormt een van de grenzen die zijn gesteld aan de in het algemeen zeer ruime beoordelingsvrijheid⁶⁴ waarover het tot aanstelling bevoegd gezag bij het vergelijkend onderzoek van de verdiensten beschikt.⁶⁵

59. Bij de toepassing van dit beginsel speelt het beoordelingsrapport volgens artikel 43 van het Statuut een beslissende rol wegens de daaraan verbonden waarborgen.⁶⁶ Het mag namelijk onder meer geen beoordelingen bevatten waarvan de deugdelijkheid betwistbaar is⁶⁷, kan door de ambtenaar van commentaar worden voorzien⁶⁸, en eventueel ook in een interne klachtprocedure worden betwist.⁶⁹

60. Gezien dit belang dat aan de beoordelingsrapporten van de ambtenaren toekomt, hoeft het tot aanstelling bevoegd gezag, zoals het Parlement terecht heeft opgemerkt, in het algemeen niet met alle kandidaten voor een vacature een gesprek te voeren. Met name kan het in het algemeen de kandidaten laten afvallen, die op grond van hun beoordelingsrapport ongeschikt lijken voor de betrokken post.

63 — Arrest van 7 juli 1964, zaak 97/63, De Pascale, Jurispr. 1964, blz. 1061, op blz. 1088.

64 — Zie vorige voetnoot.

65 — Zie met betrekking tot bevorderingen bijvoorbeeld het arrest van 25 februari 1987, zaak 52/86, Banner, Jurispr. 1987, blz. 979, r. o. 9, en met betrekking tot overplaatsingen het arrest Bonino, reeds aangehaald, r. o. 5.

66 — Vaste rechtspraak, bijvoorbeeld arrest van 17 december 1992, zaak C-68/91 P, Moritz, Jurispr. 1992, blz. I-6849, r. o. 16.

67 — Arrest van 14 juli 1977, zaak 61/76, Geist, Jurispr. 1977, blz. 1419, r. o. 46.

68 — Zie artikel 43, lid 2, van het Statuut.

69 — Zie arrest van 3 juli 1980, gevoegde zaken 6 en 97/79, Grassi, Jurispr. 1980, blz. 2141, r. o. 20.

61. Het kan echter voorkomen, dat de kennisgevingen van vacature zeer specifieke voorwaarden bevatten en uit de beoordelingsrapporten niet direct blijkt of daaraan is voldaan. In dat geval moeten ook andere betrouwbare informatiebronnen worden onderzocht, en wel in de eerste plaats de relevante documenten uit het persoonsdossier. Overigens ligt het op de weg van de kandidaat zelf,

„alle nuttige gegevens en inlichtingen over te leggen welke het tot aanstelling bevoegd gezag in staat stellen na te gaan of (hij) aan de in de kennisgeving der vacature gestelde eisen voldoet.”

62. En voorts heet het in de rechtspraak:

„Alleen bedoeld gezag casu quo het selectiecomité heeft te beoordelen of er bij de kandidaten nadere gegevens moeten worden ingewonnen”.⁷⁰

63. Gelet op een en ander kan niet worden gesteld, dat het bestreden besluit inbreuk maakt op het beginsel van gelijke behandeling op de enkele grond dat verzoeker in het kader van de litigieuze procedure ter voorziening in de post geen onderhoud met Janssen heeft gehad, in tegenstelling tot de andere kandidaten. Blijkens zijn in het bestreden arrest uiteengezette argumenten heeft verzoeker namelijk niets aangevoerd ten betoeg dat hij in een gesprek met Janssen na de kennisgeving van vacature had kunnen doen blijken van relevante verdiensten die het tot aanstelling bevoegd gezag niet reeds uit de

70 — Arrest van 30 mei 1984, zaak 111/83, Picciolo, Jurispr. 1984, blz. 2323, r. o. 13.

beoordelingsrapporten, andere stukken uit het persoonsdossier of de sollicitatie bekend waren of waarvan hij niet reeds in zijn sollicitatie het bewijs had kunnen leveren. De verwijzing van het Gerecht naar een dergelijke mogelijkheid blijft geheel abstract en is daarom niet relevant.⁷¹

64. Weliswaar was in casu een inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling denkbaar geweest wanneer een voor overplaatsing in aanmerking komende kandidaat, die wel een dergelijk onderhoud had gehad, de post had gekregen. Dan had men zich vragen kunnen stellen over de betekenis van dit gesprek, namelijk de feitelijke betekenis voor de benoeming en die welke daaraan rechtens mocht worden toegekend. Zoals gezegd⁷², heeft een dergelijke benoeming echter niet plaatsgevonden. Op dit aspect behoeft dus niet verder te worden ingegaan. Het argument van het Parlement inzake de verschillende situatie van de sollicitanten⁷³ valt mijns inziens binnen ditzelfde kader en behoeft dus evenmin te worden onderzocht.

65. 3. Op grond van de tot dusver genoemde overwegingen moet worden geconstateerd, dat het Gerecht ten onrechte heeft aangenomen dat het litigieuze besluit onwettig is op grond dat bij de procedure die is gevolgd voor het onderzoek van de sollicitaties, inbreuk is gemaakt op het beginsel van gelijke behandeling en het recht van de ambtenaar om te worden gehoord.

II — *Het door het Parlement aangevoerde middel inzake de overwegingen van het Gerecht met betrekking tot het ontbreken van motivering van de bestreden maatregel*

66. De in dit verband door het Parlement bestreden overwegingen van het Gerecht berusten op de volgende onweersproken feiten:

- In antwoord op verzoekers sollicitatie werd hem op 4 juli 1990 op een standaardformulier medegedeeld, dat het tot aanstelling bevoegd gezag had besloten de procedure voor extern vergelijkend onderzoek PE/49/A in te leiden.
- Op 18 juli 1990 diende verzoeker een klacht tegen dit besluit in.
- Hierop ontving hij geen antwoord binnen de in artikel 90, lid 2, tweede alinea, van het Statuut voorziene termijn van vier maand.
- Op 18 december 1990, dus een maand na het verstrijken van voornoemde termijn en twee maand voor het verstrijken van de in artikel 91, lid 3, tweede streepje, voorziene beroepstermijn, stelde verzoeker beroep in bij het Gerecht van eerste aanleg.
- Bij brief van 20 december 1990 wees het Parlement verzoekers klacht uitdrukkelijk af.

67. Volledigheidshalve zij hieraan toegevoegd, dat over de betekenis van het antwoord op verzoekers sollicitatie geen ver-

71 — R. o. 28 van het bestreden arrest.

72 — Zie punt 42, supra.

73 — Zie punt 55, supra.

schil van mening bestaat. Weliswaar zou de — ongelukkige — verwijzing naar het inleiden van de procedure van vergelijkend onderzoek toch als afwijzing kunnen worden opgevat, anderzijds ontbreekt daarin echter een motivering.⁷⁴ Voorts blijkt uit de tekst van de hogere voorziening, dat in de uitdrukkelijke afwijzing van de klacht van 20 december 1990, waarover het Gerecht beschikte, toelichtingen worden gegeven op de vraag waarom verzoekers sollicitatie niet in aanmerking genomen is.⁷⁵

68. 2. Op grond hiervan heeft het Gerecht⁷⁶ geoordeeld, dat het tot aanstelling bevoegd gezag bij een besluit houdende afwijzing van een sollicitatie, althans in het stadium van de afwijzing van de klacht tegen een dergelijk besluit gehouden is zijn beslissing te motiveren. Verzoeker heeft evenwel vóór de instelling van zijn beroep geen met redenen omklede afwijzing van zijn klacht ontvangen. Het algehele motiveringsgebrek van een besluit kan niet worden gedekt door toelichtingen van het tot aanstelling bevoegd gezag na het instellen van een beroep. Zodra het beroep is ingesteld, kan het tot aanstelling bevoegd gezag zijn besluit dus niet meer regulariseren door een gemotiveerd afwijzend antwoord op de klacht.

69. Het Gerecht heeft in dit verband een argument van het Parlement afgewezen, gebaseerd op artikel 91, lid 3, tweede streepje, van het Statuut. Volgens de tweede zin van deze bepaling gaat een nieuwe beroepstermijn in wanneer na een stilzwijgend genomen besluit, doch binnen de beroepstermijn, alnog een uitdrukkelijk besluit tot afwijzing van een klacht wordt

vastgesteld. De daarmee gegeven mogelijkheid een motiveringsgebrek door een uitdrukkelijk antwoord op de klacht te dekken, is volgens het Gerecht onlosmakelijk verbonden met de mogelijkheid beroep in te stellen. Een gemotiveerd antwoord nadat beroep is ingesteld, kan zijn functie niet meer vervullen, te weten de belanghebbende in staat stellen te beoordelen of het zin heeft beroep in te stellen, en de rechter de mogelijkheid geven de juistheid van de motivering te toetsen.

70. 3. Het Parlement⁷⁷ heeft dienaangaande voor het Hof betoogd, dat de door het Gerecht gekozen uitlegging van het Statuut tot gevolg heeft dat de ambtenaar na het verstrijken van de in artikel 90, lid 2, voorziene termijn van vier maanden beroep bij het Gerecht kan instellen met gegarandeerd succes, en dat de instelling waartegen het beroep is gericht in ieder geval in alle kosten wordt verwezen. Op die manier wordt de ambtenaar ertoe aangezet beroep in te stellen.

71. Deze uitlegging is volgens het Parlement in strijd met het doel van de in het Statuut voorziene rechtsmiddelen en berust op een verkeerde opvatting van het begrip stilzwijgende afwijzing en de daaraan verbonden gevolgen.

72. Met betrekking tot het doel van de in het Statuut voorziene rechtsmiddelen betoogt het Parlement, dat de artikelen 90 en 91 voorzien in een fase bedoeld voor interne schikking van gedingen binnen de instelling, die bijna zeven, of, wanneer men rekening houdt met artikel 91, lid 3, laatste zinsnede, bijna tien maand kan duren. Het Parlement onderzoekt laatstgenoemde bepaling in het kader van deze doelstelling. Deze wordt door de uitlegging van het Gerecht in twijfel

74 — R. o. 38 van het bestreden arrest en de opmerkingen van het Parlement bij de mondelinge behandeling voor het Hof: blz. 10 van het zittingsverslag.

75 — Zie punt 5 van de hogere voorziening.

76 — Zie r. o. 36-43 van het bestreden arrest.

77 — Zie de punten 39-51 van de hogere voorziening.

getrokken, in die zin dat daarbij sprake is van een automatisme, waarbij de stilzwijgende afwijzing steeds tot nietigverklaring voert wegens het bestaan van een onweerlegbaar vermoeden van een motiveringsgebrek.

73. Met betrekking tot het begrip stilzwijgende afwijzing en de draagwijdte daarvan merkt het Parlement op, dat de stilzwijgende afwijzing in het Statuut uitdrukkelijk is voorzien, niet onrechtmatig is, en dus geen grond oplevert voor een „sanctie”. Bij de mondelinge behandeling heeft het Parlement hiertoe een beroep gedaan op het arrest van het Gerecht in de zaak Schloh⁷⁸, waaruit volgt dat het ontbreken van een antwoord op een klacht niet wijst op een onregelmatigheid.⁷⁹ Het Gerecht daarentegen stelt de stilzwijgende afwijzing gelijk met een procedurerefout, ook al zou wel degelijk een motivering bestaan conform de verplichting voor de administratie om een afwijzing te motiveren. In casu is deze feitelijke motivering in de uitdrukkelijke afwijzing van de klacht uiteengezet.

74. In de eerdere rechtspraak is de stilzwijgende afwijzing van een klacht niet systematisch gelijkgesteld met een motiveringsgebrek van het oorspronkelijke besluit, waartegen de klacht is gericht. Het Parlement verwijst hiervoor inzonderheid naar het arrest Moli.⁸⁰

75. Een passende oplossing in gevallen van deze aard zou erin bestaan de instelling die

optreedt als verweerder automatisch te veroordelen in de kosten, doch ongeacht van de beslissing in het hoofdgeding.

76. 4. a) Al deze overwegingen nopen mij ertoe vooraf enkele algemene opmerkingen te maken over het in het Statuut voorziene motiveringsvereiste.

77. Dit vereiste is in artikel 25, tweede alinea, principieel vastgelegd voor bezwarende besluiten, doch is in artikel 90, lid 2, uitdrukkelijk herhaald voor op een klacht genomen besluiten. Volgens vaste rechtspraak heeft de motiveringsplicht

„ten doel het Hof in staat te stellen toezicht uit te oefenen op de wettigheid van het besluit, en de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om vast te stellen of het besluit gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid kan worden betwist.”⁸¹

78. In het licht van deze opvatting van de motiveringsplicht is, anders dan het Parlement blijkbaar meent⁸², niet van belang of het tot aanstelling bevoegd gezag concrete redenen *had* om een bezwarende maatregel te nemen. Ingevolge de krachtens artikel 25, tweede alinea, en artikel 90 op het tot aanstelling bevoegd gezag rustende verplichting is het integendeel gehouden deze redenen *niteen te zetten*.

78 — Arrest van 25 februari 1992, zaak T-11/91, Schloh, Jurispr. 1992, blz. II-203.

79 — R. o. 72 van het arrest Schloh.

80 — Zie voorgaande voetnoot 30.

81 — Zie arrest van 26 november 1981, zaak 195/80, Michel, Jurispr. 1981, blz. 2861, r. o. 22.

82 — Zie punt 73, supra.

79. Wel is het juist, dat de draagwijdte van dit vereiste in bepaalde situaties door andere overwegingen kan worden beperkt. Met betrekking tot de motivering van besluiten op een klacht is een dergelijke situatie in het Statuut zelf voorzien, namelijk in geval van stilzwijgende afwijzing. De betekenis van deze regeling is mijns inziens, de administratie de moeite te besparen om een motivering te geven wanneer deze slechts zou bestaan in een herhaling van reeds in de mededeling van het oorspronkelijke besluit voorkomende gegevens. In dit verband passen nagenoemde overwegingen uit het arrest Moli⁸³, waarop het Parlement zich beroept:

„De redengeving van een stilzwijgende afwijzend besluit moet in de omstandigheden, bedoeld in artikel 90, lid 2, vierde alinea, van het Statuut noodzakelijkerwijs worden geacht samen te vallen met de redengeving — casu quo negatieve redengeving — van het besluit waartegen de onbeantwoord gelaten klacht gericht was, zodat het onderzoek naar de redengeving van elk van beide besluiten een en hetzelfde is.”⁸⁴

80. In dit arrest heeft het Hof het oorspronkelijke besluit in geding alsmede de stilzwijgende afwijzing van de klacht nietig verklaard, onder meer omdat noch de een noch de andere gegrond was; met andere woorden, omdat de stilzwijgende verwijzing in het (louter door het verstrijken van de termijn totstandgekomen) besluit op de klacht naar de motivering van het oorspronkelijke besluit op niets berustte. De vraag of een stilzwijgende afwijzing van een klacht voldoet aan het motiveringsvereiste hangt er dus vanaf of (en hoe) het oorspronkelijke besluit was gemotiveerd.

83 — Zie voetnoot 30, supra.

84 — R. o. 12.

81. Anders dan het Parlement betoogt, kan men derhalve — zonder dat er sprake hoeft te zijn van een met het Statuut onverenigbaar vermoeden van onregelmatigheid — zeer wel opkomen tegen de stilzwijgende afwijzing van een klacht op grond van de motivering ervan, namelijk wanneer ook het oorspronkelijke besluit niet met redenen was omkleed.

82. b) Deze algemene beginselen gelden ook, doch met één bijzonderheid, voor gevallen als het onderhavige. Deze bijzonderheid is gelegen in het feit dat het Hof bij voorziening in een post door bevordering of overplaatsing *niet* verlangt, dat het *oorspronkelijke besluit* met redenen omkleed is, zulks ook niet tegenover de afgewezen kandidaten,

„daar de overwegingen van dergelijke motivering hen — althans een aantal — mogelijk kunnen schaden.”⁸⁵

83. In dit geval moet echter wel het besluit tot afwijzing van de klacht met redenen worden omkleed,⁸⁶ zoals het Parlement in eerste aanleg ook uitdrukkelijk heeft toegegeven.⁸⁷ Door zijn klacht geeft de betrokkene namelijk te kennen, dat hij kennis wil nemen van de redenen voor de afwijzing van zijn sollicitatie, voor zover het tot aanstelling bevoegd gezag daaraan vasthoudt. Hij doet daarmee afstand van de bescherming tegen eventuele negatieve beoordelingen. Zoals het Hof in het arrest Culin⁸⁸ nog heeft gepreciseerd, geldt de in het stadium

85 — Arrest van 30 oktober 1974, zaak 188/73, Grassi, Jurispr. 1974, blz. 1099, r. o. 12, voor een geval van bevordering; voor benoemingen op een nieuwe post zie ook het arrest Bonino (voetnoot 42), r. o. 4.

86 — Zie arrest Grassi, vorige voetnoot, r. o. 13; arrest van 7 februari 1990, zaak C-343/87, Culin, Jurispr. 1990, blz. I-225, r. o. 13; voorts het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak Schloh (voetnoot 78), r. o. 73.

87 — R. o. 34 van het bestreden arrest.

88 — Zie voetnoot 86.

van de klacht gegeven motivering tevens als motivering voor het oorspronkelijke besluit.⁸⁹

84. Uit het voorgaande kan voor het onderhavige geval worden afgeleid, dat een motivering voor de bestreden maatregel, die door de stilzwijgende afwijzing van de klacht is bevestigd, volledig ontbrak op het tijdstip waarop het beroep werd ingesteld. Terecht ging het bij de voor het Gerecht gevoerde discussie dus hoofdzakelijk over de vraag, of dit motiveringsgebrek door toelichtingen van het tot aanstelling bevoegd gezag na het instellen van het beroep kan worden gedekt.

85. Voor deze vraag wil ik allereerst ingaan op de betekenis van het bepaalde in artikel 91, lid 3, tweede streepje, voor het geval een klacht eerst stilzwijgend en dan binnen de beroepstermijn nogmaals en uitdrukkelijk wordt afgewezen. Ik kan op dit punt slechts de mening van het Gerecht delen. Deze bepaling laat niet toe, dat een motiveringsgebrek na het instellen van beroep kan worden gedekt. De daarin voorziene nieuwe beroepstermijn kan inderdaad de voorafgaande fase van de artikelen 90 en 91 van het Statuut verlengen, die tot doel heeft

„een minnelijke schikking van een geschil tussen ambtenaren of andere personeelsleden en de administratie mogelijk te maken en te bevorderen.”⁹⁰

86. Dit is echter alleen mogelijk wanneer genoemde fase niet is afgesloten doordat de betrokkene binnen de wegens het stilzwijgende besluit ingegane termijn van drie maanden beroep heeft ingesteld. Genoemde bepaling veronderstelt namelijk een uitdrukkelijk

besluit tot afwijzing van een klacht „binnen de termijn voor het instellen van beroep”, en bepaalt met betrekking tot deze termijn dat zij „opnieuw ingaat”. Na het instellen van beroep is echter geen besluit „binnen de termijn voor het instellen van beroep” meer mogelijk. Ook een nieuwe termijn heeft logischerwijs geen zin meer aangezien het beroep reeds binnen de termijn is ingesteld. Het heeft ook praktisch geen zin meer, aangezien na het instellen van beroep de door het ingaan van een nieuwe termijn aan de betrokkenen toegekende mogelijkheid de motieven van de administratie te onderzoeken met het oog op een eventueel beroep, irrelevant geworden is.

87. Een dergelijke opvatting zou alleen zin hebben wanneer de verzoeker zijn beroep zou intrekken en — binnen de nieuwe termijn — een *nieuw* beroep zou instellen. In genoemde bepaling is echter slechts sprake van één beroep, zodat een minnelijke regeling van het geschil slechts mogelijk is wanneer het tot aanstelling bevoegd gezag zijn uitdrukkelijk besluit vaststelt vóór het instellen van dit beroep.

88. Wanneer het oorspronkelijk besluit niet gemotiveerd is, moet het tot aanstelling bevoegd gezag voor de zekerheid de termijn van vier maanden voor het afwijzen van de klacht in aanmerking nemen, aangezien volgens het Statuut een na het verstrijken van deze termijn ingesteld beroep, ook wanneer dat onmiddellijk wordt ingesteld, rechtsgeldig is.

89. In 1972 werd, blijkbaar om de kans op een goede afloop te verbeteren, bij de invoering van de hier bedoelde bepaling in het Statuut, tegelijkertijd ook de beroepstermijn bij stilzwijgende afwijzing van de klacht, die oorspronkelijk met twee maanden korter

89 — Reeds aangehaald, r. o. 13 en 14.

90 — Arrest van 1 juli 1976, zaak 58/75, Sergy, Jurispr. 1976, blz. 1139, r. o. 32.

was dan de termijn bij uitdrukkelijke afwijzing, op drie maand bepaald.⁹¹

90. In casu ontbrak bij de instelling van het beroep een motivering en, zoals gezegd, kon de te late mededeling van de redenen niet met een beroep op artikel 91, lid 3, tweede streepje, worden gerechtvaardigd. De na dit tijdstip aan verzoeker verstrekte toelichtingen konden niet meer voldoen aan het doel van de motiveringsplicht, namelijk verzoeker op de hoogte stellen met het oog op een eventueel beroep in rechte. In een dergelijke situatie besluit de gemeenschapsrechter in beginsel tot nietigverklaring van de bestreden maatregel.⁹² De kans op succes van een beroep wanneer elke motivering ontbreekt, en waartegen het Parlement hier opkomt, is blijkens deze jurisprudentie en bovenstaande overwegingen in overeenstemming met het doel en de opzet van de artikelen 90 en 91, en geenszins daarmee in strijd.

91. Wel moet nog worden onderzocht of onder bepaalde omstandigheden van dit beginsel kan of moet worden afgeweken. In de rechtspraak is dat in bepaalde bijzondere gevallen aangenomen, waarbij opnieuw is uitgegaan van de twee doelstellingen van de motivering, namelijk het verstrekken van inlichtingen aan de verzoeker en aan de gemeenschapsrechter. Wanneer in de loop van de procedure toelichtingen zijn verstrekt, kan zulks „in uitzonderlijke gevallen het

91 — Zie de tekst van artikel 91 in de versie van verordening nr. 31 (EEG), 11 (Euratom), PB 1962, blz. 1385; de wijziging die tot de thans geldende versie heeft geleid, volgt uit verordening nr. 1473/72 van 30 juni 1972 (PB 1972, L 160, blz. 1).

92 — Zie arrest Michel (voorgaande voetnoot 81) en het arrest Culin (voetnoot 86).

middel ontleend aan onvoldoende motivering ontkrachten.”⁹³

92. Hierbij kunnen in de rechtspraak twee soorten gevallen worden onderscheiden.⁹⁴

93. De arresten van de eerste groep zijn kennelijk doordrongen van de gedachte, dat de gerechtelijke procedure blijkens de arresten Michel en Culin weliswaar geen loutere verlenging van de administratieve procedure mag zijn, doch dat tussen de motivering van de bestreden maatregel en de argumenten van de verwerende instelling voor de gemeenschapsrechter een nauwe samenhang bestaat.

94. Geheel in overeenstemming met die gedachte hebben het Hof⁹⁵ en het Gerecht in eerste aanleg⁹⁶ in bepaalde gevallen geoordeeld, dat een *onvoldoende* motivering na het instellen van het beroep kon worden *aangevuld*.

95. Daarvan kan in casu echter geen sprake zijn, aangezien een motivering vóór het instellen van het beroep volledig *ontbrak*.

96. Uitgaande van dezelfde gedachte heeft het Gerecht van eerste aanleg echter ook een motivering achteraf aanvaard in een geval waarin de motivering vóór het instellen van het beroep volledig *ontbrak*.⁹⁷ Zonder dat ik over deze rechtspraak een standpunt behoeft

93 — Arrest van 8 maart 1988, gevoegde zaken 64/88, 71/88-73/88 en 76/88, Sergio, Jurispr. 1988, blz. 1399, r. o. 52.

94 — Zie respectievelijk nrs. 93-97 en 98-99.

95 — Zie behalve het arrest Sergio ook het arrest Picciolo van 30 mei 1984, zaak 111/83, Jurispr. 1984, blz. 2323.

96 — Zie de arresten Hanning (20 september 1990, zaak T-37/89, Hanning, Jurispr. 1990, blz. II-463) en Schloh (voetnoot 78) en Vela Palacios (3 maart 1993, zaak T-25/92, reeds aangehaald).

97 — Arrest van 13 december 1990, gevoegde zaken T-160/89 en T-161/89, Kalavros, Jurispr. 1990, blz. II-871.

te bepalen, kan ik vaststellen dat dit geval op een essentieel punt verschilde van het onderhavige geval. Het ging daarbij namelijk om een procedure op grond van artikel 29, lid 2, van het Statuut, waarin de post aan een andere kandidaat dan de verzoeker was toegewezen. In dat geval heeft het Hof uiteengezet, dat de motiveringsplicht werd beperkt door „de geheimhoudingsplicht jegens de andere kandidaten”.⁹⁸ Het Hof heeft een soortgelijke beperking aanvaard in een geval waarin een bevordering werd betwist: de motivering kan dan slechts betrekking hebben op het al dan niet voorhanden zijn van de wettelijke voorwaarden waarvan het Statuut de regelmatigheid der bevordering afhankelijk stelt.⁹⁹ Uit de rechtspraak blijkt, dat ook een zeer formele, voor de betrokkene nauwelijks bruikbare motivering aan deze voorwaarde kan voldoen.¹⁰⁰ Onder deze omstandigheden is het ontbreken van een motivering vóór het instellen van een beroep uiteraard van minder belang dan wanneer die motivering uitvoeriger had moeten zijn. Volledigheidshalve moet worden vastgesteld, dat in dergelijke gevallen aan de controle van de feiten door de gemeenschapsrechter meer betekenis toekomt en deze dan ook actief zal trachten opheldering te verkrijgen omtrent de relevante feiten, wanneer zulks nodig lijkt.¹⁰¹

97. Voor de onderhavige zaak moet eraan worden herinnerd, dat de litigieuze procedure ter voorziening in de vacature niet tot een benoeming heeft geleid. De afwijzing van verzoekers sollicitatie kan daarom alleen maar gebaseerd zijn op redenen die hemzelf betreffen. In zoverre kan het tot aanstelling

bevoegd gezag zich niet beperken tot holle frasen over de regelmatigheid van de procedure, maar moet het verzoeker duidelijk maken waarom zijns inziens zijn verdiensten voor wat betreft de vereisten van de vacature onvoldoende zijn. De beperking van de motiveringsplicht kan dus geen grond opleveren om af te zien van nietigverklaring van de maatregel wegens een motiveringsgebrek, gelet op de in de loop van de procedure in rechte verstrekte toelichting.

98. Een ander aspect dat een dergelijke uitzondering op het beginsel van nietigverklaring van de litigieuze maatregel kan rechtvaardigen, kan worden afgeleid uit het arrest *Kypreos*.¹⁰² De weigering om de verzoeker in deze zaak na afloop van een algemeen vergelijkend onderzoek op de lijst van geschikte kandidaten te plaatsen, was vóór het instellen van het beroep niet met redenen omkleed. De weigering hield echter verband met het feit, dat verzoeker bij een verplicht onderzoek naar zijn talenkennis niet het minimumaantal punten had behaald. Er waren geen aanwijzingen voor onregelmatigheden bij de toekenning van de punten. Wanneer het Hof het besluit wegens een gebrek aan motivering nietig had verklaard, dan had de verwerende instelling verzoeker in geen geval op de lijst van geschikte kandidaten kunnen opnemen. Het had dit besluit alleen opnieuw kunnen nemen, terwijl de vereiste motivering de verzoeker reeds bekend zou geweest zijn. Deze zou dus geen wettig belang bij de nietigverklaring hebben gehad.¹⁰³

98 — Arrest *Kalavros* r. o. 70.

99 — Arrest *Grassi* (bovenstaande voetnoot 85), r. o. 14; zie ook het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak *Schloh* (voetnoot 78), r. o. 73.

100 — Arrest *Grassi*, r. o. 16-18, en arrest *Schloh*, r. o. 10 junctis r. o. 73-76.

101 — Zie naast de arresten *Kalavros* en *Schloh* ook het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 30 januari 1992, zaak T-25/90, *Schönherr*, Jurispr. 1992, blz. II-63, r. o. 30.

102 — Arrest van 27 maart 1985, zaak 12/84, *Kypreos*, Jurispr. 1985, blz. 1005.

103 — Andere voorbeelden uit de rechtspraak die zijn gebaseerd op soortgelijke overwegingen: arresten van het Gerecht van eerste aanleg in de zaken *Hanning* (voetnoot 96, supra), waarbij het ging om onregelmatigheden in een procedure van vergelijkend onderzoek; *Pérez Minguez* (arrest van 20 maart 1991, zaak T-1/90, Jurispr. 1991, blz. II-143, r. o. 86) en *Valverde Mordt* (arrest van 27 juni 1991, zaak C-156/89, Jurispr. 1991, blz. II-407, inzonderheid r. o. 133).

99. In het onderhavige geval bestaan blijkbaar geen dwingende rechtsgronden voor afwijzing van verzoekers sollicitatie. Het zou daarom na nietigverklaring van het bestreden besluit opnieuw binnen de beoordelingsvrijheid van het tot aanstelling bevoegd gezag vallen om verzoeker over te plaatsen naar de post waar hij heeft naar gesollici-

teerd. Ook bovengenoemd aspect rechtvaardigt dus geen afwijking van het in de arresten Michel en Culin ontwikkelde beginsel.

100. Mitsdien heeft het Gerecht het derde middel terecht aanvaard.

C — Conclusie

101. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging:

- de hogere voorziening af te wijzen;
- het Parlement ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de kosten van interveniënte.