

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

21 februari 2008^{*}

In zaak C-348/06 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 17 augustus 2006,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door D. Martin en F. Clotuche-Duvieusart als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

andere partij bij de procedure:

Marie-Claude Girardot, vertegenwoordigd door C. Bernard-Glanz en S. Rodrigues, avocats,

verzoekster in eerste aanleg,

wijst

^{*} Procestaal: Frans.

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas, kamerpresident, J. Klučka, A. Ó Caoimh (rapporteur), P. Lindh en A. Arabadjiev, rechters,

advocaat-generaal: P. Mengozzi,
griffier: M.-A. Gaudissart, hoofd van administratieve eenheid,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 24 mei 2007,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 22 november 2007,

het navolgende

Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening verzoekt de Commissie van de Europese Gemeenschappen om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 6 juni 2006, Girardot/Commissie (T-10/02, JurAmbt. blz. I-A-2-129 en II-A-2-609; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht enerzijds de hoogte van de financiële vergoeding die de Commissie krachtens het arrest van het Gerecht van 31 maart 2004, Girardot/Commissie (T-10/02, JurAmbt. blz. I-A-109 en II-483; hierna: „interlocutoir arrest”), aan Girardot verschuldigd is, heeft vastgesteld op 92 785 EUR, vermeerderd met rente vanaf 6 september 2004 op basis van het door de Europese Centrale Bank voor de voornaamste

financieringstransacties vastgestelde percentage, vermeerderd met twee punten, en anderzijds de Commissie heeft verwezen in de kosten.

Toepasselijke bepalingen

- 2 Artikel 29, lid 1, van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen (hierna: „Statuut”) bepaalt in de op het tijdstip van het onderhavige geding toepasselijke versie:

„Teneinde te voorzien in vacatures bij een instelling, onderzoekt het tot aanstelling bevoegde gezag eerst:

- a) de mogelijkheden tot bevordering en tot overplaatsing binnen de instelling;
- b) de mogelijkheden tot het organiseren van een vergelijkend onderzoek binnen de instelling;
- c) de verzoeken tot overgang van ambtenaren van andere instellingen der drie Europese Gemeenschappen,

en gaat vervolgens over tot een vergelijkend onderzoek op de grondslag van schriftelijke bewijsstukken, van een examen of op de grondslag van beide. De procedure voor het vergelijkend onderzoek is vastgesteld in bijlage III.

Tot vergelijkend onderzoek kan eveneens worden overgegaan voor het vormen van een reserve ter vervulling van vacatures.”

3 Artikel 91, lid 1, van dit Statuut bepaalt:

„Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is bevoegd uitspraak te doen in elk geschil tussen de Gemeenschappen en een van de in dit Statuut bedoelde personen, dat betrekking heeft op de wettigheid van een besluit waardoor deze persoon zich bezwaard acht in de zin van artikel 90, lid 2. Bij geschillen van geldelijke aard heeft het Hof van Justitie volledige rechtsmacht.”

4 Artikel 2, sub d, van de Regeling welke van toepassing is op de andere personeelsleden van de Europese Gemeenschappen (hierna: „RAP”), in de ten tijde van het onderhavige geding toepasselijke versie, luidt als volgt:

„Als tijdelijk functionaris in de zin van deze regeling wordt aangemerkt:

[...]

d) het personeelslid, aangesteld om tijdelijk een vast ambt te vervullen dat wordt bezoldigd uit de onderzoek- en investeringskredieten en dat is opgenomen in de lijst van het aantal ambten, gevoegd bij de begroting van de betrokken instelling.”

5 Artikel 8, vierde en vijfde alinea, RAP bepaalt:

„Voor de aanstelling van een functionaris als bedoeld in artikel 2, sub d, gelden de volgende voorschriften:

- een functionaris van categorie A of B, belast met een functie waarvoor wetenschappelijke en technische bekwaamheid vereist is, wordt aangesteld voor ten hoogste vijf jaar; deze aanstelling kan worden hernieuwd,

[...]

De aanstelling van een in artikel 2, sub d, bedoelde functionaris voor bepaalde tijd kan slechts eenmaal voor een bepaalde tijd worden verlengd. Een eventuele verdere verlenging van die aanstelling geschiedt voor onbepaalde tijd.”

6 Artikel 47 RAP bepaalt:

„Behalve door overlijden eindigt de dienst van tijdelijk functionaris:

[...]

2) bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd:

- a) na afloop van de in de overeenkomst vastgestelde opzeggingstermijn [...]. Voor de in artikel 2, sub d, bedoelde functionaris mag de opzeggingstermijn niet minder bedragen dan één maand per volbracht dienstjaar, met een minimum van drie maanden en een maximum van tien maanden. [...];
- b) aan het einde van de maand waarin de functionaris de 65-jarige leeftijd bereikt.”

- 7 De gevallen van beëindiging zonder opzeggingstermijn zijn omschreven in de artikelen 48 tot en met 50 RAP.

Feiten van het geding

- 8 Girardot is op 1 februari 1996 als gedetacheerd nationaal deskundige in dienst van de Commissie getreden. Zij heeft deze status behouden tot en met 31 januari 1999.
- 9 Bij overeenkomst van 15 januari 1999, gesloten voor een duur van twee jaar en nadien bij addendum voor één jaar verlengd, is Girardot aangesteld als tijdelijk functionaris in de zin van artikel 2, sub d, RAP. In die hoedanigheid is zij tewerkgesteld bij het directoraat-generaal „Industrie” en vervolgens bij het directoraat-generaal „Informatiemaatschappij” van de Commissie.

- 10 Op 26 juli 2000 heeft het directoraat-generaal „Personeelszaken en administratie” van de Commissie een kennisgeving van vacatures bekendgemaakt waarin werd aangegeven dat de Commissie in het kader van haar besluit betreffende het nieuwe personeelsbeleid voor de sector onderzoek, interne vergelijkende onderzoeken voor de vorming van een aanwervingsreserve organiseerde, waaronder het onderzoek met referentie COM/T/R/ST/A/2000 betreffende de loopbanen A 8/A 5, A 4 en A 3 van de categorie A die werden bezoldigd uit de kredieten van het wetenschappelijk en technisch kader van de onderzoeks- en investeringsbegroting. In deze aankondiging was met name vermeld dat de kandidaten die na één examen, bestaande in een onderhoud met een jury, het vereiste aantal punten zouden hebben behaald, op een lijst zouden worden geplaatst waardoor zij in aanmerking kwamen voor aanstelling in een vast ambt.
- 11 Op 9 en 12 februari 2001 heeft het directoraat-generaal „Personeelszaken en administratie” twee kennisgevingen van vacature bekendgemaakt voor vaste ambten die uit de onderzoek- en investeringskredieten werden bezoldigd, teneinde tijdelijk functionarissen in vaste dienst aan te stellen.
- 12 Bij brieven van 20 februari 2001 heeft Girardot haar belangstelling kenbaar gemaakt voor een ambt van de categorie A, bekendgemaakt in de kennisgeving van vacature van 9 februari 2001, en voor zeven andere ambten van de categorie A, bekendgemaakt in de kennisgeving van vacature van 12 februari 2001.
- 13 Bij brief van 13 maart 2001 heeft de Commissie Girardot meegedeeld dat zij haar sollicitaties naar de zeven ambten vermeld in de kennisgeving van vacature van 12 februari 2001 niet in aanmerking had kunnen nemen, omdat deze ambten alleen toegankelijk waren voor statutair personeel in dienst van de Commissie en geslaagd voor een vergelijkend onderzoek. Voor elk van deze ambten heeft de Commissie de sollicitatie aanvaard van zeven andere tijdelijk functionarissen, die allen waren geplaatst op de lijst die na afloop van intern vergelijkend onderzoek voor de vorming van een aanwervingsreserve COM/T/R/ST/A/2000 was opgesteld. Nadien heeft zij elk van hen aangesteld in het ambt waarvoor zij hun belangstelling hadden getoond.

- 14 Bij brief van 15 maart 2001 heeft de Commissie vervolgens Girardot meegedeeld dat zij haar sollicitaties naar het in de kennisgeving van vacature van 9 februari 2001 vermelde ambt niet in aanmerking had kunnen nemen.
- 15 Op 8 juni 2001 heeft Girardot een klacht ingediend tegen de in die twee brieven vervatte besluiten houdende afwijzing van haar sollicitaties. Die klacht is bij stilzwijgend besluit afgewezen.

Procesverloop voor het Gerecht

- 16 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 18 januari 2002, heeft Girardot beroep ingesteld tot nietigverklaring van de twee besluiten van de Commissie van 13 en 15 maart 2001 houdende afwijzing van haar sollicitaties naar acht ambten in vaste dienst die uit de onderzoek- en investeringskredieten werden bezoldigd (hierna: „litigieuze besluiten”), en bijgevolg tot nietigverklaring van de acht besluiten van de Commissie tot aanstelling van derden in deze ambten.
- 17 Bij het interlocutoir arrest heeft het Gerecht de twee litigieuze besluiten van de Commissie nietig verklaard, op grond dat niet was aangetoond dat de Commissie de merites van de sollicitaties van Girardot voor elk van de betrokken ambten naar behoren had onderzocht alvorens haar sollicitatie af te wijzen en, bijgevolg, alvorens die van de andere kandidaten te aanvaarden (punt 83 van het interlocutoir arrest).
- 18 Girardots vorderingen tot nietigverklaring van de besluiten houdende aanstelling van de gekozen kandidaten in de betrokken ambten heeft het Gerecht evenwel

afgewezen. Na afweging van de respectieve belangen van Girardot, van de dienst en van de aangestelde derden, heeft het Gerecht namelijk geoordeeld dat een dergelijke nietigverklaring een buitensporige sanctie voor de door de Commissie begane onrechtmatigheid zou zijn (punten 85-88 van het interlocutoir arrest).

- 19 Niettemin heeft het Gerecht eraan herinnerd dat de gemeenschapsrechter, teneinde in het belang van de verzoekende partij te verzekeren dat een arrest houdende nietigverklaring nuttige werking heeft, gebruik kan maken van de volledige rechtsmacht waarover hij in geschillen met een geldelijk karakter beschikt en de verweerende instelling zelfs ambtshalve kan veroordelen tot betaling van een vergoeding dan wel haar kan verzoeken een billijke oplossing voor haar geschil te vinden, en heeft het, teneinde Girardots rechten afdoende te beschermen, partijen verzocht tot een akkoord te komen over een financiële vergoeding voor de onterechte afwijzing van haar sollicitaties. Hierbij heeft het Gerecht gepreciseerd dat bij de beoordeling van deze vergoeding rekening diende te worden gehouden met het feit dat Girardot niet meer kon deelnemen aan een volgende procedure, waarvan de Commissie het regelmatige verloop moest verzekeren, aangezien zij, nu de overeenkomst van tijdelijk functionaris die haar aan de Commissie bond was afgelopen zonder te zijn hernieuwd, niet langer in staat was noch het recht had, haar belangstelling kenbaar te maken voor te vervullen ambten door te reageren op een kennisgeving van vacature „spécial recherche”. Het Gerecht heeft bepaald dat partijen bij gebreke van een akkoord hun berekeningen dienden over te leggen binnen een termijn van drie maanden na de uitspraak van het interlocutoir arrest (punten 89-91 van het interlocutoir arrest).

Bestreden arrest

- 20 Daar partijen niet tot een akkoord hebben kunnen komen over een billijke financiële vergoeding, hebben zij het Gerecht op 6 september 2004 hun berekeningen voorgelegd.

- 21 In haar conclusies verzocht Girardot het Gerecht de geldelijke vergoeding, vermeerderd met wettelijke rente, primair op 2 687 994 EUR vast te stellen, subsidiair op 432 887 EUR en uiterst subsidiair op 250 248 EUR.
- 22 De Commissie verzocht het Gerecht dat bedrag op 23 917,43 EUR vast te stellen, daar zij het redelijk achtte, zoals blijkt uit punt 45 van het bestreden arrest, om Girardot „enerzijds drie maanden nettobezoldiging toe te kennen op grond van de minimumopzeggingstermijn voorzien in [artikel 47, lid 2, sub a, RAP], dat wil zeggen een bedrag van 18 917,43 EUR, als vergoeding voor het verlies van een kans om toegang te krijgen tot één van de acht betrokken ambten en, anderzijds, 5 000 EUR als vergoeding voor het verlies van een kans om deel te nemen aan een nieuwe procedure om in vacatures te voorzien”. Dit bedrag zou moeten worden vermeerderd met compensatoire interesten vanaf de dag van de uitspraak van het interlocutoir arrest tot aan de dag van de daadwerkelijke betaling van het verschuldigde bedrag, alsmede met 1 EUR als symbolische vergoeding voor de immateriële schade.
- 23 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht, na de verschillende door Girardot aangevoerde vormen van schade te hebben onderzocht, ten eerste het bedrag van de financiële vergoeding die de Commissie aan Girardot verschuldigd was, vastgesteld op 92 785 EUR, vermeerderd met rente vanaf 6 september 2004 tegen de door de Europese Centrale Bank voor de voornaamste financieringstransacties toegepaste rentevoet, vermeerderd met twee procentpunten, en heeft het ten tweede de Commissie verwezen in de kosten.
- 24 Wat in de eerste plaats het gestelde verlies van een kans om te worden aangesteld in een ambt waarvoor binnen de Commissie een kandidaat werd gezocht betreft, heeft het Gerecht in punt 54 van het bestreden arrest om te beginnen in herinnering gebracht dat de litigieuze besluiten Girardot op zekere en onherstelbare wijze, gelet op het feit dat de situatie van vóór de vaststelling ervan niet kon worden hersteld, niet alleen het recht hebben ontnomen dat haar sollicitaties door de Commissie werden onderzocht, maar tevens de mogelijkheid dat één ervan werd aanvaard. Vervolgens heeft het in de punten 55 en 56 van dat arrest gepreciseerd dat het verlies van een

kans om een ambt te vervullen waarvoor binnen een gemeenschapsinstelling een kandidaat wordt gezocht, en de daarmee verbonden geldelijke voordelen te genieten, een materiële schade vormt, hetgeen tussen partijen onomstreden is. Ten slotte heeft het Gerecht in de punten 57 en 58 van het bestreden arrest aangegeven dat, om de omvang te bepalen van de in casu uit het verlies van een kans voortvloeiende schade, „het verschil moest worden bepaald tussen de bezoldiging die Girardot zou hebben ontvangen wanneer de mogelijkheid dat haar sollicitatie werd aanvaard werkelijkheid zou zijn geworden en die welke zij daadwerkelijk heeft ontvangen na de onterechte afwijzing van haar sollicitatie, en dat vervolgens, in voorkomend geval, in de vorm van een percentage moest worden berekend hoe groot de kans van Girardot was geweest dat dit geval zich daadwerkelijk zou voordoen”.

25 Wat in de eerste plaats het verschil in bezoldiging betreft, heeft het Gerecht in punt 59 van het bestreden arrest uiteengezet dat dit criterium zijn rechtvaardiging vond in het feit dat Girardot weliswaar een kans had verloren om een van de betrokken ambten te vervullen en bijgevolg om het daaraan verbonden financiële voordeel te genieten, doch dat zij niet werkloos was gebleven.

26 Teneinde een eventueel verschil in bezoldiging te bepalen, heeft het Gerecht om te beginnen in de punten 61 tot en met 82 van het bestreden arrest het tijdvak vastgesteld waarvoor de vergelijking moet worden gemaakt tussen de financiële arbeidsvoorwaarden die op Girardot van toepassing zouden zijn geweest indien zij door de Commissie zou zijn aangeworven en die welke daadwerkelijk op haar van toepassing zijn geweest. Het Gerecht heeft in dit verband in de punten 73 tot en met 77 van dat arrest het argument van de Commissie afgewezen dat de kans die Girardot had verloren uitsluitend schadeloos behoefde te worden gesteld door de toekenning van een billijke financiële vergoeding, waarvan het bedrag overeenkomstig de minimumopzeggingstermijn van artikel 47, lid 2, sub a, RAP op drie maanden netto-salaris zou worden vastgesteld. Het Gerecht was immers van oordeel dat dit argument neerkwam op de bewering dat de tijd gedurende welke Girardot in dienst van de Commissie zou zijn gebleven indien deze haar zou hebben aangesteld, dermate hypothetisch is dat ervan uit moest worden gegaan dat de Commissie haar aanstelling onmiddellijk na ingang daarvan zou hebben beëindigd, hetgeen niet geloofwaardig was. Derhalve heeft het Gerecht in punt 78 van het bestreden arrest geoordeeld dat teneinde rekening te houden met alle in de artikelen 47, lid 2, en 48 tot en met 50 RAP voorziene mogelijkheden om de dienstbetrekking te beëindigen, de in aanmerking te nemen periode ex aequo et bono moest worden vastgesteld op vijf jaar, met inbegrip van de opzeggingstermijn, vanaf de datum van aanstelling van de

kandidaten die de Commissie had gekozen na afloop van de procedure voor voorziening in vacatures waarvan Girardot ten onrechte was uitgesloten. Bovendien heeft het Gerecht in punt 80 van het bestreden arrest de argumenten van Girardot afgewezen die waren ontleend aan de waarschijnlijkheid van een aanstelling, omdat dit gegeven onzeker was.

27 Vervolgens heeft het Gerecht in de punten 83 tot en met 95 van het bestreden arrest de omvang van het verlies aan bezoldiging gedurende dat tijdvak bepaald. Hiertoe heeft het Gerecht in punt 86 van dat arrest ex aequo et bono vastgesteld dat aangezien Girardot geen gegevens had overgelegd aan de hand waarvan de bezoldiging die zij zou hebben ontvangen indien een van haar sollicitaties zou zijn aanvaard, alsmede de evolutie daarvan, konden worden bepaald, zij een nettomaandbezoldiging zou hebben ontvangen die gemiddeld overeenkwam met de laatste door de Commissie aan haar betaalde bezoldiging, welke overeenkwam met een aanstelling in rang A 5, salaristrap 4. In dit verband heeft het Gerecht in punt 85 van dat arrest Girardots argument afgewezen dat zij in een ambt van rang A 4 zou zijn aangesteld.

28 Wat in de tweede plaats de beoordeling van de verloren kans betreft, heeft het Gerecht, na in de punten 96 en 97 van het bestreden arrest te hebben vastgesteld dat de door Girardot ingediende sollicitaties aan de vereiste voorwaarden voldeden om in aanmerking te worden genomen, in de punten 98 tot en met 122 van dat arrest onderzocht of de kans die haar was ontnomen, in die zin kon worden geacht zeker te zijn dat Girardot, zo niet alle kans, dan toch in elk geval een serieuze kans had gehad om tot één van de betrokken ambten te worden toegelaten. In dit verband heeft het Gerecht in de punten 102 tot en met 107 van dat arrest vastgesteld dat Girardot in dat stadium van de procedure de enige kandidaat was voor elk van deze ambten, dat zij aanzienlijke ervaring had binnen de Commissie, dat haar diensten werden gewaardeerd en dat er een voldoende mate van overeenstemming bestond tussen haar kwalificaties en de omschrijving van de functies, en heeft het in de punten 115 tot en met 117 geoordeeld als volgt:

„115 Gelet op de hierboven weergegeven feiten, kan niet worden aangenomen dat de Commissie, die er zeker de voorkeur aan kon geven om haar keuze

te vergroten [...], na de eerste fase van de in artikel 29, lid 1, van het Statuut voorziene procedure voor de voorziening in vacatures één van de sollicitaties van Girardot zonder meer zou hebben aanvaard, zodat zij dus alle kans had gehad om een overeenkomst van tijdelijk functionaris in de zin van artikel 2, sub d, RAP te krijgen en het daaraan verbonden financiële voordeel te genieten. Wél kan worden aangenomen dat Girardot niettemin een serieuze kans daartoe had gehad, die haar was ontnomen doordat de Commissie haar sollicitaties, zonder te hebben aangetoond dat zij deze had onderzocht, heeft afgewezen.

- 116 Gedurende de in artikel 29, lid 1, sub b, van het Statuut bedoelde fase van de procedure van voorziening in vacatures, heeft voor elk van de acht ambten waarvoor ook Girardot haar belangstelling had kenbaar gemaakt, tevens een tijdelijk functionaris zijn belangstelling kenbaar gemaakt [...] De Commissie kon een van deze andere kandidaten kiezen. Zij kon echter ook, na onderzoek ervan, geen van de ingediende sollicitaties aanvaarden en overgaan tot de in artikel 29, lid 1, sub c, van het Statuut bedoelde procedure [...] Ten slotte kon zij, onder eerbiediging van de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen, de procedure beëindigen [...] Deze factoren verkleinen de kans van Girardot op aanvaarding van haar sollicitatie naar een van de betrokken ambten.
- 117 Indien Girardot echter het recht had gehad om deel te nemen aan een nieuwe procedure van voorziening in vacatures, georganiseerd na de nietigverklaring van de besluiten houdende afwijzing van haar sollicitatie [...], had zij met succes haar belangstelling voor andere soortgelijke ambten kenbaar kunnen maken en, gelet op de in de punten 103 tot en met 106 hierboven vermelde gegevens, eventueel in een daarvan kunnen worden aangesteld, hetgeen de Commissie niet betwist. Dit gegeven vergroot de kans die Girardot had op aanvaarding van haar sollicitatie om als tijdelijk functionaris in de zin van artikel 2, sub d, RAP een vast ambt te vervullen dat wordt bezoldigd uit de onderzoek- en investeringskredieten, behorend tot categorie A, waarvoor wetenschappelijke bekwaamheid vereist is en waarvoor binnen het Gemeenschappelijk Centrum voor onderzoek, het DG 'Onderzoek' of het DG 'Informatiemaatschappij' van de Commissie een kandidaat werd gezocht."

29 In die omstandigheden is het Gerecht in de punten 118 en 119 van het bestreden arrest tot de slotsom gekomen dat Girardot een serieuze kans had dat een van haar sollicitaties zou zijn aanvaard en heeft het bijgevolg op het door haar geleden verlies aan bezoldiging ex aequo et bono een vermenigvuldigingsfactor van 0,5 toegepast. In punt 120 van dat arrest heeft het Gerecht geweigerd deze factor te verhogen tot 0,996 volgens de door Girardot voorgestelde methode, aangezien deze methode de omvang van de verloren kans enkel laat afhangen van het aantal door de betrokkene ingediende sollicitaties, zonder rekening te houden met de andere hierboven genoemde factoren.

30 In de tweede plaats heeft het Gerecht de andere door Girardot aangevoerde vormen van schade in de punten 123 tot en met 125 van het bestreden arrest irrelevant verklaard, omdat de billijke financiële vergoeding tot doel had om, gelet op de door Girardot ingestelde beroepen tot nietigverklaring, uitvoering te geven aan het interlocutoir arrest en Girardots rechten adequaat te beschermen, door een vergoeding ex aequo et bono te verlenen voor het feit dat de situatie van vóór de door de Commissie begane onrechtmatigheid niet kon worden hersteld, en niet om, bij gebreke van een voorafgaand verzoek om schadevergoeding, elke andere schade te vergoeden die de onrechtmatigheid de betrokkene ook nog kon hebben berokkend. Hoe dan ook heeft het Gerecht in de punten 125 tot en met 138 van dat arrest geoordeeld dat geen van deze andere aangevoerde vormen van schade in aanmerking kon worden genomen bij de bepaling van het bedrag van de billijke financiële vergoeding. Meer bepaald heeft het Gerecht met betrekking tot de immateriële schade ten gevolge van de verslechtering van de psychische gezondheid en de depressieve gesteldheid van Girardot alsmede de fysieke schade veroorzaakt door de onrechtmatigheid van de afwijzing van haar sollicitaties, in de punten 133 tot en met 137 van dat arrest geoordeeld dat Girardot daarvoor geen enkel bewijs, zoals een geldige medische verklaring of deskundigenrapport, had overgelegd.

Conclusies van partijen

31 Met haar hogere voorziening verzoekt de Commissie het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen;

- haar te veroordelen Girardot 23 917,40 EUR te betalen;
- te beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen in de onderhavige procedure en in de procedure voor het Gerecht.

³² Girardot verzoekt het Hof:

- de door de Commissie ingestelde hogere voorziening niet-ontvankelijk en in elk geval ongegrond te verklaren;
- de incidentele hogere voorziening ontvankelijk te verklaren, het bestreden arrest te vernietigen en de in eerste aanleg ingediende vorderingen tot nietigverklaring en tot schadevergoeding toe te wijzen;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

Principale hogere voorziening

Argumenten van partijen

³³ De Commissie voert één middel aan, ontleend aan het feit dat de methode die het Gerecht heeft toegepast om het verlies van een kans te berekenen, in strijd is met artikel 236 EG en met de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de Commissie.

- 34 In dit verband zet de Commissie vooraf uiteen dat zij met haar hogere voorziening, gelet op de uiteenlopende rechtspraak van het Gerecht op dit punt, omwille van de rechtszekerheid van het Hof een definitieve uitspraak verlangt over de wijze waarop het verlies van een kans om door de Commissie te worden aangeworven moet worden berekend wanneer zij een onwettig besluit heeft genomen waardoor de sollicitatie van de betrokkene niet is onderzocht. Zij voegt daaraan toe dat het doel van de hogere voorziening er aldus in bestaat dat het Hof voor de berekening van dit verlies van een kans een uniforme juridische redenering en methode ontwikkelt die in alle situaties kunnen worden toegepast.
- 35 De Commissie preciseert in dit verband dat zij het principe accepteert dat het verlies van een kans om een ambt te krijgen, voor vergoeding in aanmerking komende materiële schade vormt. Zij kan echter niet de manier aanvaarden waarop het Gerecht de door Girardot geleden schade heeft gekwantificeerd.
- 36 Volgens de Commissie geeft punt 58 van het bestreden arrest in dit opzicht blijk van onjuiste rechtsopvattingen. De enige reële en zekere schade die Girardot heeft geleden, is immers die welke voortvloeit uit de omstandigheid dat haar sollicitaties niet zijn onderzocht en niet die welke voortvloeit uit een hypothetisch verlies aan bezoldiging gedurende een even hypothetisch gedefinieerde periode. Hoewel het Gerecht in de punten 99 tot en met 116 van dat arrest erkent, enerzijds dat de Commissie geenszins verplicht was om de aanwervingsprocedure volledig te doorlopen, en anderzijds dat het niet aan hem staat om in de plaats van de Commissie de vergelijking van de merites van de kandidaten te maken, heeft het in de punten 62 tot en met 95 van dat arrest in werkelijkheid wel die vergelijking gemaakt. Het Gerecht berekent dus niet de reële en zekere schade in verband met het verlies van een kans, maar stelt de hypothetische schade vast in verband met een verlies aan bezoldiging, hetgeen het recht om te worden aangeworven veronderstelt. Het Gerecht vervormt aldus het begrip „verlies van een kans” tot „verlies van een toezegging om een ambt te verkrijgen”, en gaat daarmee voorbij aan de beoordelingsmarge en de keuze waarover de gemeenschapsinstellingen op het gebied van de aanwerving moeten beschikken.
- 37 In dit verband heeft de Commissie bovendien ter terechtzitting beklemtoond dat er geen enkel rechtstreeks causaal verband bestond tussen de onrechtmatige gedraging

van de Commissie, te weten dat zij de sollicitaties van Girardot niet in aanmerking heeft genomen, en de door het Gerecht in het bestreden arrest uiteindelijk vastgestelde schade. Volgens de rechtspraak van het Hof dient de schade rechtstreeks uit de verweten gedraging voort te vloeien (zie met name arrest van 4 oktober 1979, Dumortier e.a./Raad, 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 en 45/79, Jurispr. blz. 3091, punt 21).

38 De Commissie meent dat die onjuiste rechtsopvatting wordt bevestigd door het feit dat het Gerecht voor de berekening van het verlies aan bezoldiging rekening heeft gehouden met de bezoldiging die de betrokkene in de tussentijd heeft ontvangen. Had zij in het betrokken tijdvak immers een beter bezoldigde functie uitgeoefend dan zij bij de Commissie had kunnen krijgen, dan was er helemaal geen sprake van een verlies aan bezoldiging geweest, ofschoon de betrokkene wel een kans had verloren. Aangezien deze methode afhankelijk is van toevallige omstandigheden kan zij leiden tot discriminatie tussen de kandidaten voor eenzelfde aanwerving.

39 Volgens de Commissie wordt de onjuistheid van de redenering van het Gerecht nog versterkt door de tweede stelling in punt 58 van het bestreden arrest, te weten dat het verschil in bezoldiging „in voorkomend geval” kan worden vastgesteld in de vorm van een percentage dat de kans vertegenwoordigt die de betrokkene had om te worden aangeworven. Deze stelling toont immers opnieuw aan dat het Gerecht de schade als gevolg van een hypothetisch verlies aan bezoldiging wil kwantificeren en niet de schade als gevolg van een verlies van een kans om te worden aangeworven, omdat de berekening van dit verlies aan bezoldiging slechts eventueel zal worden beoordeeld ten aanzien van de hypothetische kans om het betrokken ambt te krijgen. Bovendien heeft het Gerecht zich in dit verband op willekeurige veronderstellingen gebaseerd om de mate van waarschijnlijkheid van de aanwerving van Girardot te kwantificeren, terwijl zij geen recht had om te worden aangeworven.

40 De Commissie is bijgevolg van mening dat in het bestreden arrest op omgekeerde wijze is geredeneerd ten opzichte van hetgeen juridisch juist is voor de berekening van het verlies van een kans om te worden aangeworven, omdat daarin eerst het door

Girardot hypothetisch opgelopen verlies aan bezoldiging is berekend, vóórdát op het verkregen bedrag een correctiecoëfficiënt is toegepast in verband met de waarschijnlijkheid voor haar om te worden aangeworven. De kwantificering van dit verlies van een kans moet dus op een andere basis berusten dan het verlies aan bezoldiging omdat daarbij wordt uitgegaan van de toezegging om te worden aangeworven.

41 In die omstandigheden verzoekt de Commissie het Hof overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, tweede volzin, van het Statuut van het Hof van Justitie te verklaren dat het verlies van een kans dat Girardot heeft geleden, op billijke wijze kan worden gecompenseerd door de toekenning van een forfaitair bedrag gelijk aan drie maanden nettosalaris en overeenkomende met het bedrag dat de Commissie gedurende de opzeggingstermijn van een overeenkomst voor onbepaalde tijd zou moeten betalen, hetgeen in casu neerkomt op 18 917,43 EUR, vermeerderd met het eveneens forfaitaire bedrag van 5 000 EUR ter compensatie van de omstandigheid dat de betrokkene niet meer aan een volgende aanwervingsprocedure zal kunnen deelnemen.

42 Girardot betoogt dat de hogere voorziening om twee redenen niet-ontvankelijk is. Ten eerste is het Gerecht bij uitsluiting bevoegd om de schade als gevolg van het verlies van een kans te beoordelen. Behalve wanneer de Commissie het Gerecht verwijt dat het niet heeft aangegeven welke criteria het heeft gebruikt om de geleden schade te bepalen, heeft zij dus niet het recht om kritiek te leveren op de in het bestreden arrest gegeven beoordeling hierover en, a fortiori, om van het Hof te verwachten dat het een principiële beslissing geeft over de methode die moet worden gebruikt voor de berekening van de vergoeding van de materiële schade als gevolg van het verlies van een kans. Er bestaat in dit opzicht overigens een groot aantal verschillende situaties die van geval tot geval moeten worden bezien. Ten tweede is het middel, volgens hetwelk het Gerecht een vergoeding zou toekennen voor het verlies van een toezegging om een ambt te krijgen en niet voor het verlies van een kans, in eerste aanleg niet aangevoerd, en vormt het dus een nieuw middel, dat ingevolge de artikelen 42, lid 2, en 118 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof niet mag worden voorgedragen.

43 Hoe dan ook beklemtoont Girardot ten gronde dat de schade die zij heeft geleden reëel en zeker is omdat haar, door de onterechte weigering van de Commissie om haar sollicitaties te onderzoeken, de kans is ontnomen dat één of meerdere van

die sollicitaties zouden worden aanvaard én om later met succes haar belangstelling kenbaar te maken voor een ander ambt, indien zij daartoe nog het recht had gehad. Bovendien vormt de in het bestreden arrest gebruikte methode, namelijk om de voordelen te inventariseren die Girardot had kunnen genieten indien zij was aangeworven en om vervolgens het percentage te bepalen van haar kans om te worden aangeworven, een benadering die het Gerecht reeds heeft gevolgd (zie met name arrest Gerecht van 5 oktober 2004, Eagle e.a./Commissie, T-144/02, Jurispr. blz. II-3381 en JurAmbt. blz. I-A-275 en II-1231, punten 149 en 163) en die in de Belgische doctrine is bevestigd. Deze methode is aangepast aan de vergoeding van schade als gevolg van het verlies van een kans waarvan per definitie niet zeker is dat deze werkelijkheid zal worden.

- 44 Wat de bezwaren in verband met het risico van discriminatie tussen de kandidaten voor eenzelfde vacature betreft, stelt Girardot dat daarbij geen rekening wordt gehouden met het tweede gedeelte van de redenering van het Gerecht, dat er nu juist toe strekt om de factor te bepalen die moet worden toegepast op het verlies aan inkomsten dat voortvloeit uit de vergelijking met het geval dat de kans om te worden aangeworven werkelijkheid zou zijn geworden. Bovendien lijkt het billijk dat bij een constante waarschijnlijkheid van aanwerving de kandidaat die een groter verlies aan inkomsten heeft geleden, een ruimere vergoeding ontvangt dan degene die minder verlies aan inkomsten heeft geleden. Daar die kandidaten zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden, kan geen schending van het beginsel van gelijke behandeling worden vastgesteld.

Beoordeling door het Hof

Ontvankelijkheid

- 45 Wat in de eerste plaats de exceptie van niet-ontvankelijkheid betreft, gebaseerd op de stelling dat het Hof niet bevoegd zou zijn om de omvang van de door Girardot geleden schade te beoordelen, dient in herinnering te worden gebracht dat het Gerecht, wanneer het heeft vastgesteld dat er schade is, volgens vaste rechtspraak bij

uitsluiting bevoegd is om binnen de grenzen van het petitum de wijze en de omvang van de vergoeding voor deze schade te beoordelen, onder het voorbehoud, teneinde het Hof in staat te stellen zijn rechterlijke controle op de arresten van het Gerecht uit te oefenen, dat deze voldoende zijn gemotiveerd, en dat zij, wat de raming van de schade betreft, vermelden met welke criteria bij de bepaling van het in aanmerking genomen bedrag rekening is gehouden (zie in die zin arresten van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a., C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 66; 14 mei 1998, Raad/De Nil en Impens, C-259/96 P, Jurispr. blz. I-2915, punten 32-33, en 9 september 1999, Lucaccioni/Commissie, C-257/98 P, Jurispr. blz. I-5251, punten 34 en 35, en beschikking van 14 december 2006, Meister/BHIM, C-12/05 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 82).

⁴⁶ In casu betwist de Commissie met haar hogere voorziening weliswaar de door het Gerecht gebruikte methode om de omvang van de vergoeding voor de door Girardot geleden schade vast te stellen, doch betoogt zij in dit verband dat het bestreden arrest op verschillende onjuiste rechtsopvattingen berust, voor zover deze methode, die in punt 58 van dat arrest is uiteengezet en vervolgens in de punten 59 tot en met 122 daarvan is toegepast, er in werkelijkheid op neerkomt dat wordt afgedaan aan de aard van de schade zoals deze in dat arrest is gekwalificeerd, te weten het verlies van een kans om te worden aangeworven, en dat bijgevolg het wezen ervan verkeerd is opgevat, zodat de in het bestreden arrest daadwerkelijk vastgestelde schade — volgens de Commissie het verlies van een toezegging om te worden aangeworven en het daarmee verband houdende verlies aan bezoldiging — niet reëel en zeker is dan wel geen rechtstreeks causaal verband houdt met de verweten onrechtmatigheid.

⁴⁷ Een dergelijk middel, dat de logische samenhang betreft van de redering die het Gerecht heeft gevolgd om de methode vast te stellen die is gebruikt voor de bepaling van de omvang van de vergoeding voor de geleden schade, vormt een rechtsvraag die in het kader van een hogere voorziening vatbaar is voor toetsing door het Hof (zie in die zin arrest Lucaccioni/Commissie, reeds aangehaald, punten 27-29).

⁴⁸ Daarentegen kan de Commissie, zoals Girardot op goede gronden betoogt, het Hof met de onderhavige hogere voorziening niet verzoeken dat het de wijze

preciseert waarop in alle situaties waarin een belanghebbende ten onrechte het recht is ontnomen dat zijn sollicitatie wordt onderzocht, het verlies van een kans om door een gemeenschapsinstelling te worden aangeworven moet worden berekend.

49 In hogere voorziening is het Hof immers enkel bevoegd om te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven ten aanzien van de middelen die voor de rechters in eerste aanleg zijn aangevoerd (zie arrest Commissie/Brazzelli Lualdi e.a., reeds aangehaald, punt 59). Bijgevolg is het Hof in het kader van een dergelijke procedure uitsluitend bevoegd om te onderzoeken of de redenering in de hogere voorziening aangeeft dat het bestreden arrest op een bepaald punt op een onjuiste rechtsopvatting zou berusten (zie in die zin arresten van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie, C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punt 35, en 30 september 2003, Eurocoton e.a./Raad, C-76/01 P, Jurispr. blz. I-10091, punt 47).

50 In de tweede plaats kan de exceptie van niet-ontvankelijkheid ontleend aan de stelling dat de Commissie tot staving van haar hogere voorziening een nieuw middel heeft aangevoerd om te bewijzen dat punt 58 van het bestreden arrest op onjuiste rechtsopvattingen zou berusten, niet worden aanvaard, omdat de vaststellingen waartegen de Commissie in de onderhavige hogere voorziening bezwaar maakt, voor het eerst in dat arrest zijn gedaan (zie in die zin arresten van 2 oktober 2001, EIB/Hautem, C-449/99 P, Jurispr. blz. I-6733, punten 88 en 89, en 18 januari 2007, PKK en KNK/Raad, C-229/05 P, Jurispr. blz. I-439, punt 33).

51 Daaruit volgt dat het Hof in het kader van de onderhavige hogere voorziening uitsluitend bevoegd is om te onderzoeken of de methode die het Gerecht in het bestreden arrest heeft toegepast om de omvang te bepalen van de vergoeding voor de schade als gevolg van het door Girardot geleden verlies van een kans, op een onjuiste rechtsopvatting berust. Voor het overige is de onderhavige hogere voorziening niet-ontvankelijk.

Ten gronde

- 52 Volgens vaste rechtspraak kan de Gemeenschap in het kader van een schadeverordering van een ambtenaar slechts aansprakelijk worden gesteld indien tegelijkertijd is voldaan aan een aantal voorwaarden, namelijk dat het aan de instellingen verweten gedraging onrechtmatig is, dat er werkelijk schade is geleden en dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de gedraging en de gestelde schade (zie arrest van 16 december 1987, *Delauche/Commissie*, 111/86, *Jurispr.* blz. 5345, punt 30; arresten *Commissie/Brazzelli Lualdi e.a.*, reeds aangehaald, punt 42, en *Raad/De Nil en Impens*, reeds aangehaald, punt 23).
- 53 Wat de voorwaarde betreffende de verweten onrechtmatigheid betreft, blijkt uit punt 83 van het interlocutoir arrest, waartegen geen hogere voorziening is ingesteld en dat derhalve als definitief moet worden beschouwd, dat de onrechtmatige gedraging er in casu in heeft bestaan dat de Commissie met de litigieuze besluiten niet heeft aangetoond dat zij naar behoren de merites van de sollicitaties van Girardot voor elk van de vacatures waarnaar zij had gesolliciteerd, had onderzocht.
- 54 Wat de voorwaarde betreffende de schade betreft, zij eraan herinnerd dat de schade waarvoor vergoeding wordt gevorderd, reëel en zeker moet zijn (zie in die zin arresten van 27 januari 1982, *Birra Wührer e.a./Raad en Commissie*, 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 en 5/81, *Jurispr.* blz. 85, punt 9, en 9 november 2006, *Agraz e.a./Commissie*, C-243/05 P, *Jurispr.* blz. I-10833, punt 27).
- 55 In casu is niet betwist dat Girardot vanwege de door de Commissie begane onrechtmatigheid zeker en op onherstelbare wijze de kans heeft verloren om na de procedure die in casu aan de orde is, binnen de diensten van deze instelling in een ambt te worden aangeworven, en dat dit verlies van een kans schade vormt die reëel en zeker is.

- 56 Blijkens de vaststellingen van het Gerecht, in het bijzonder in de punten 84 tot en met 91 van het interlocutoir arrest, welke om de in punt 53 van het onderhavige arrest vermelde redenen in het kader van de onderhavige hogere voorziening niet meer in twijfel kunnen worden getrokken, omvat deze reële en zekere door Girardot geleden schade voorts tevens het feit dat zij niet kan deelnemen aan een volgende regelmatige aanwervingsprocedure, omdat Girardot niet meer in staat was noch het recht had haar belangstelling kenbaar te maken voor te vervullen ambten, door te reageren op een kennisgeving van vacature „spécial recherche”, waarnaar zij had gesolliciteerd.
- 57 Met de onderhavige hogere voorziening betwist de Commissie echter de methode die het Gerecht heeft toegepast om de omvang van de vergoeding voor die schade te bepalen. Zij betoogt dat het Gerecht met deze methode niet de reële en zekere schade ten gevolge van het door Girardot geleden verlies van een kans heeft gekwantificeerd, maar dat het in werkelijkheid een andere — zuiver hypothetische — schade heeft berekend, welke voortvloeit uit het door Girardot geleden verlies aan bezoldiging dat zij had kunnen lijden indien zij het recht had gehad om te worden aangeworven, en aldus het verlies van een kans om te worden aangeworven in een ambt heeft omgevormd tot het verlies van de toezegging om een ambt te verkrijgen.
- 58 In dit verband dient te worden beklemtoond dat het Gerecht ingevolge artikel 91, lid 1, tweede volzin, van het Statuut, in geschillen van geldelijke aard volledige rechtsmacht heeft, in het kader waarvan het bevoegd is om zo nodig verweerster ambts-halve te veroordelen tot betaling van een vergoeding voor de door haar onrechtmatige daad veroorzaakte schade en om in een dergelijk geval, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, de geleden schade ex aequo et bono vast te stellen (zie met name arresten van 5 juni 1980, Oberthür/Commissie, 24/79, Jurispr. blz. 1743, punt 14; 27 oktober 1987, Houyoux en Guery/Commissie, 176/86 en 177/86, Jurispr. blz. 4333, punt 16, en 17 april 1997, de Compte/Parlement, C-90/95 P, Jurispr. blz. I-1999, punt 45, en arrest EIB/Hautem, reeds aangehaald, punt 95).
- 59 Voorts dient eraan te worden herinnerd dat het Gerecht volgens de in punt 45 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, wanneer het heeft vastgesteld dat

er schade is, bij uitsluiting bevoegd is om binnen de grenzen van het petitum en mits de motiveringsplicht wordt geëerbiedigd, de wijze en de omvang van de vergoeding voor deze schade te beoordelen.

60 Zoals de Commissie ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Hof hierover zelf heeft erkend, is het zeer moeilijk, zo niet onmogelijk, om een methode te omschrijven aan de hand waarvan de kans om binnen deze instelling in een ambt te worden aangeworven op juiste wijze kan worden gekwantificeerd, en bijgevolg om de uit het verlies van deze kans voortvloeiende schade te evalueren.

61 Om na te gaan of het bestreden arrest op een onjuiste rechtsopvatting berust met betrekking tot de vaststelling van de omvang van de vergoeding voor de schade als gevolg van het door Girardot geleden verlies van een kans, moet dus rekening worden gehouden met de beoordelingsmarge waarover het Gerecht beschikte bij de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht ten aanzien van de toe te passen methode voor een dergelijke vaststelling.

62 Blijkens het bestreden arrest was het Gerecht van oordeel dat het, voor de vaststelling van de omvang van de vergoeding voor de in casu aan Girardot toegebrachte schade, in de eerste plaats het door haar geleden verlies aan bezoldiging moest bepalen door het verschil vast te stellen tussen de bezoldiging die zij zou hebben ontvangen indien zij zou zijn aangeworven en de bezoldiging die zij na de begane onrechtmatigheid daadwerkelijk heeft ontvangen, en in de tweede plaats in de vorm van een percentage moest berekenen hoe groot de kans was geweest dat zij zou zijn aangeworven, teneinde het aldus berekende verlies aan bezoldiging te wegen.

63 Deze methode brengt, voor zover zij op het criterium van het door de belanghebbende geleden verlies aan bezoldiging berust, weliswaar mee, zoals de Commissie op goede gronden heeft opgemerkt, dat wanneer de na een onrechtmatige gedraging

daadwerkelijk ontvangen bezoldiging hoger is dan die welke vanwege die gedraging was verloren, er geen enkele schadeloosstelling zou hoeven te worden toegekend, hoewel er wel een kans verloren was gegaan.

64 Voorts leidt een dergelijke methode, zoals de Commissie eveneens heeft opgemerkt, er noodzakelijkerwijs toe dat de gemeenschapsrechter een prospectief onderzoek moet verrichten, zoals het Gerecht in de punten 59 tot en met 95 van het bestreden arrest heeft gedaan, teneinde te trachten de fictieve loopbaan die de belanghebbende binnen deze instelling gehad zou kunnen hebben, te reconstrueren, door zich op een reeks hypothesen te baseren die weliswaar deel uitmaken van de soevereine beoordeling van de feiten door het Gerecht, doch naar hun aard onzeker blijven met betrekking tot de duur van haar aanstelling en de ontwikkeling van haar bezoldiging.

65 Bovendien is het juist dat het criterium van het verlies aan bezoldiging op zich niet de omvang kan bepalen van de vergoeding van de schade die is veroorzaakt na het verlies van de kans om te worden aangeworven. In een dergelijk geval kan de geleden schade immers niet worden gelijkgesteld met de bezoldiging die zou zijn ontvangen indien deze kans werkelijkheid was geworden, omdat de belanghebbende, zoals het Gerecht in casu in punt 116 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, gelet op de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie op dat gebied, geen enkel recht om te worden aangeworven kan doen gelden. Derhalve kan de schade waarvoor een dergelijke belanghebbende recht op vergoeding heeft, niet overeenkomen met de inkomstenderving die voortvloeit uit het verlies van een recht (zie naar analogie arrest van 27 januari 2000, Mulder e.a./Raad en Commissie, C-104/89 en C-37/90, Jurispr. blz. I-203, punten 59 en 60).

66 Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat het criterium betreffende het verlies aan bezoldiging dat het Gerecht in het bestreden arrest heeft gehanteerd, rekening gehouden met de beoordelingsmarge waarover het beschikt met betrekking tot de in dit opzicht toe te passen methode, ongeschikt is om in het onderhavige geval de omvang te bepalen van de vergoeding van de schade als gevolg van het door Girardot geleden verlies van een kans.

67 Aangezien de waarde van de door haar verloren kans, zoals de advocaat-generaal in punt 77 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, immers een functie is van de omvang van hetgeen zij zou hebben ontvangen indien die kans zou zijn verwezenlijkt, vormt het ten gevolge van de verweten onrechtmatige gedraging geleden verlies aan bezoldiging, al kan dit niet op zich de omvang van de vergoeding van het verlies van een kans bepalen, in dit verband wel een relevant criterium. Zelfs indien Girardot geen enkel recht had om te worden aangeworven, hangt de aan deze kans toegekende waarde dus, althans gedeeltelijk, af van de omvang van de bezoldiging die zij kon verwachten.

68 In dit verband dient overigens te worden vastgesteld dat ook de door de Commissie in het kader van de onderhavige hogere voorziening voorgestelde alternatieve methode voor vergoeding van de door Girardot geleden schade, die bestaat in de forfaitaire toekenning van een schadeloosstelling aan haar, waarvan het bedrag overeenkomstig de minimumopzeggingstermijn voorzien in artikel 47, lid 2, sub a, RAP wordt vastgesteld op drie maanden nettosalaris, is gebaseerd op het bedrag van de na de verweten onrechtmatigheid verloren bezoldiging. De Commissie kan derhalve moeilijk de relevantie van dit criterium betwisten.

69 Voorts dient te worden aanvaard dat de na de begane onrechtmatigheid daadwerkelijk ontvangen bezoldiging eveneens ten dele de omvang van de schadevergoeding bepaalt, aangezien iedere benadeelde persoon verplicht is zijn schade te beperken. In dit verband kan het door de Commissie gestelde risico van discriminatie niet worden aanvaard. Twee ten onrechte uitgesloten kandidaten die een verschillend verlies aan bezoldiging lijden, kunnen, zelfs bij een gelijke kans om te worden aangeworven, immers niet worden geacht zich in dezelfde of een vergelijkbare situatie te bevinden ten aanzien van de omvang van de geleden schade.

70 Bovendien, al heeft het Gerecht voor de vaststelling van de omvang van de vergoeding van het door Girardot geleden verlies van een kans inderdaad eerst het bedrag van de door haar gemiste bezoldiging bepaald, het heeft zich niet enkel op dit criterium gebaseerd om de omvang van die vergoeding vast te stellen.

- 71 Met het oordeel in punt 58 van het bestreden arrest, dat voor de vaststelling van de omvang van de vergoeding van het door Girardot geleden verlies van een kans, „in voorkomend geval”, haar kans om te worden aangeworven moest worden beoordeeld, waarmee dus wordt gesuggereerd dat deze beoordeling zuiver facultatief zou zijn, heeft het Gerecht weliswaar blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omdat het achterwege laten van deze beoordeling, die voortvloeit uit het begrip „verlies van een kans”, erop neer zou komen dat alleen het door Girardot geleden verlies van bezoldiging wordt berekend ofschoon zij geen enkel recht had om te worden aangeworven.
- 72 Deze onjuiste rechtsopvatting is echter niet ter zake dienend omdat het Gerecht eerst in de punten 59 tot en met 95 van het bestreden arrest het door Girardot geleden verlies aan bezoldiging heeft berekend, en vervolgens in de punten 96 tot en met 122 van dat arrest inderdaad op dit verlies een percentage heeft toegepast, bedoeld om de kans van Girardot om te worden aangeworven, op basis van een aan de onderhavige zaak eigen samenstel van factoren, die tot zijn soevereine beoordeling van de feiten behoren, te kwantificeren.
- 73 Een dergelijk criterium, dat aldus wordt toegepast om, volgens een methode die — zoals de advocaat-generaal in punt 55 van zijn conclusie heeft opgemerkt — ook in verschillende nationale rechtsorden wordt toegepast, het criterium betreffende het verlies aan bezoldiging te wegen, vormt een relevante aanwijzing voor de vaststelling van de omvang van de vergoeding voor het door Girardot geleden verlies van een kans, omdat aan de hand daarvan bij deze vaststelling rekening kan worden gehouden met de mate van waarschijnlijkheid dat zij de op onherstelbare wijze verloren bezoldiging zou hebben ontvangen.
- 74 Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt, is de aldus door het Gerecht berekende grootte van de kans weliswaar van hypothetische aard en kan zij als zodanig niet als reëel en zeker worden aangemerkt, doch deze omstandigheid doet niet ter zake aanzien vaststaat dat de schade die Girardot heeft geleden als gevolg van verlies van een kans om te worden aangeworven, reëel en zeker is, en dat het Gerecht over een beoordelingsmarge beschikt met betrekking tot de methode die moet worden toegepast om het bedrag ervan te bepalen.

- 75 Ten slotte moet hoe dan ook worden vastgesteld dat de door de Commissie voorgestelde methode, welke in punt 68 van het onderhavige arrest is vermeld, klaarblijkelijk minder geschikt is om de omvang van de vergoeding voor de uit het verlies van een kans voortvloeiende schade te bepalen dan die welke in het bestreden arrest is toegepast.
- 76 Op basis van een dergelijke methode, die erop neerkomt dat volledig voorbij wordt gegaan aan de specifieke omstandigheden van de situatie van Girardot, teneinde een regel voor te stellen die bestemd is om het door iedere belanghebbende geleden verlies van een kans om te worden aangeworven, op uniforme wijze te vergoeden, kan, in strijd met de vereisten van de rechtspraak van het Hof (zie met name arrest van 8 oktober 1986, *Leussink e.a./Commissie*, 169/83 en 136/84, *Jurispr.* blz. 2801, punt 13, en arrest *Lucaccioni/Commissie*, reeds aangehaald, punten 22 en 28), niet worden verzekerd dat de individuele schade die zij vanwege de bijzondere onrechtmatigheid jegens haar daadwerkelijk heeft geleden, volledig wordt vergoed, en deze methode zou voorts de gemeenschapsrechter de beoordelingsmarge ontnemen waarover hij beschikt om de omvang van de vergoeding voor die schade te bepalen.
- 77 Bovendien leidt deze alternatieve methode ertoe dat een fictieve schade wordt vergoed die reëel noch zeker is, omdat zij neerkomt op de bewering, zoals het Gerecht in punt 74 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, dat het tijdvak gedurende hetwelk Girardot in dienst van de Commissie zou zijn gebleven indien deze haar zou hebben aangeworven, dermate hypothetisch is dat daaraan volledig voorbij moet worden gegaan, en dat er bijgevolg van uit moet worden gegaan dat haar aanstelling onmiddellijk na ingang ervan zou zijn beëindigd.
- 78 Daaruit volgt dat de Commissie, die overigens niet betwist dat het bestreden arrest op dit punt rechtens genoegzaam is gemotiveerd, niet heeft bewezen dat het Gerecht in de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid waarover het in dit opzicht beschikt, de in casu door Girardot geleden schade verkeerd heeft opgevat door niet de reële en zekere schade te bepalen die voor haar voortvloeit uit het verlies van een kans om te worden aangeworven.

79 Vaststaat dat laatstbedoelde schade rechtstreeks causaal verband houdt met de in casu verweten onrechtmatigheid.

80 Derhalve dient de slotsom te luiden dat de principale hogere voorziening ongegrond is en bijgevolg moet worden afgewezen.

Incidentele hogere voorziening

Argumenten van partijen

81 In haar incidentele hogere voorziening stelt Girardot dat het Gerecht een aantal kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt en daardoor het gemeenschapsrecht heeft geschonden.

82 Girardot betoogt in de eerste plaats dat het Gerecht, door slechts uit te gaan van een tijdvak van vijf jaren als periode die voor de berekening van het verschil in bezoldiging in aanmerking moet worden genomen, een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt voor zover het, in punt 80 van het bestreden arrest, het verlies van een kans op een loopbaan van zijn beoordelingscriteria heeft uitgesloten, terwijl

het vooruitzicht op een vaste aanstelling niet onzeker was, aangezien de Commissie volgens een duidelijk omschreven beleid in die periode een groot aantal tijdelijk functionarissen een vaste aanstelling heeft gegeven, en de acht kandidaten die uiteindelijk zijn aangeworven, alle een vaste aanstelling hebben gekregen.

83 In de tweede plaats stelt Girardot dat het Gerecht, door zich te baseren op de netto maandbezoldiging die gemiddeld overeenkwam met de laatste door de Commissie aan haar betaalde bezoldiging uit hoofde van een aanstelling in rang A 5, een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt met betrekking tot de vaststelling van het verschil in bezoldiging, in die zin dat het in punt 85 van het bestreden arrest voorbij is gegaan aan het feit dat zij meer kans had om te worden aangeworven in een ambt van rang A 4 dan in een ambt van rang A 5 omdat vijf van de acht ambten waarnaar zij had gesolliciteerd, van rang A 4 waren. Voorts had het Gerecht de loopbaanontwikkeling moeten reconstrueren op basis van de gemiddelde duur om van de ene naar de volgende rang te worden bevorderd, en rekening moeten houden met de pensioenrechten die in geval van aanwerving zouden zijn opgebouwd.

84 In de derde plaats meent Girardot dat het Gerecht, door haar kans om te worden aangeworven op 50 % vast te stellen, een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt met betrekking tot de waarschijnlijkheid dat deze kans werkelijkheid zou worden, voor zover het Gerecht er in punt 116 van het bestreden arrest aan voorbij is gegaan dat haar kansen om te worden aangeworven waren toegenomen vanwege het feit dat er slechts één andere kandidaat meedong naar elk van de betrokken ambten, dat elk van die kandidaten is aangeworven en dat een kandidaat die naar acht ambten solliciteert meer kans heeft om te worden aangeworven dan een kandidaat die slechts naar één ambt solliciteert. Voorts staat een serieuze kans niet gelijk met een kans van één op twee.

85 In de vierde plaats is Girardot van mening dat het Gerecht een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door, in de punten 133 tot en met 138 van het bestreden arrest, niet met alle bestanddelen van immateriële en fysieke schade rekening te houden, terwijl uit de in het kader van de onderhavige procedure overgelegde medische attesten blijkt dat zij sinds de onterechte afwijzing van haar sollicitaties aan een depressie lijdt.

⁸⁶ Ter terechtzitting heeft de Commissie betoogd dat de incidentele hogere voorziening in haar geheel niet-ontvankelijk is omdat zij tegen de beoordeling van de feiten door het Gerecht is gericht.

Beoordeling door het Hof

⁸⁷ Blijkens artikel 225 EG en artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie is de hogere voorziening beperkt tot rechtsvragen en is het Gerecht derhalve bij uitsluiting bevoegd om de feiten vast te stellen — tenzij de feitelijke onjuistheid van hetgeen het heeft vastgesteld voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken — en om die feiten te beoordelen. De beoordeling van de feiten levert, behoudens het geval van een onjuiste voorstelling van de aan het Gerecht overgelegde bewijselementen, dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof (zie met name arrest EIB/Hautem, reeds aangehaald, punt 44; arrest van 5 juni 2003, O'Hannrachain/Parlement, C-121/01 P, Jurispr. blz. I-5539, punt 35, en beschikking van 27 april 2006, L/Commissie, C-230/05 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 45).

⁸⁸ Voorts volgt uit artikel 225 EG, artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 112, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof dat een hogere voorziening duidelijk moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht, en welke argumenten rechtens die vordering specifiek staven (zie met name arresten van 6 maart 2003, Interporc/Commissie, C-41/00 P, Jurispr. blz. I-2125, punt 15, en 26 oktober

2006, Koninklijke Coöperatie Cosun/Commissie, C-68/05 P, Jurispr. blz. I-10367, punt 54; beschikking van 19 maart 2004, Lucaccioni/Commissie, C-196/03 P, Jurispr. blz. I-2683, punt 40, en beschikking Meister/BHIM, reeds aangehaald, punt 95).

89 Volgens de rechtspraak van het Hof is aan laatstgenoemd vereiste niet voldaan wanneer het verzoekschrift in hogere voorziening slechts een herhaling of een letterlijke weergave van de voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten bevat, waaronder die welke waren gebaseerd op feiten die het Gerecht uitdrukkelijk heeft verworpen, en zelfs geen argumenten naar voren brengt waarmee specifiek wordt aangegeven op welk punt het bestreden arrest op een onjuiste rechtsopvatting zou berusten. Een dergelijke hogere voorziening beoogt in werkelijkheid immers slechts een nieuw onderzoek van het bij het Gerecht ingediende verzoek, iets waartoe het Hof niet bevoegd is (zie met name reeds aangehaalde arresten Bergaderm en Goupil/Commissie, punt 35, en Eurocoton e.a./Raad, punt 47, alsmede beschikking Lucaccioni/Commissie, reeds aangehaald, punt 41).

90 Bovendien is het Gerecht, volgens de in punt 45 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, wanneer het heeft vastgesteld dat er schade is, om dezelfde redenen bij uitsluiting bevoegd om binnen de grenzen van het petitum de wijze en de omvang van de schadevergoeding te beoordelen.

91 In casu wil Girardot met de onderhavige incidentele hogere voorziening, zoals zij zelf ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Hof hierover heeft beklemtoond, niet aangeven dat de redenering van het Gerecht in het bestreden arrest op onjuiste rechtsopvattingen berust, maar wil zij, door enerzijds de in eerste aanleg aangevoerde argumenten te herhalen en door zich anderzijds op gesteld nieuw bewijs te beroepen, de beoordeling van de feiten die het Gerecht in dat arrest heeft gegeven

om de omvang van de vergoeding van de schade te bepalen, in twijfel trekken, zonder echter te stellen dat er sprake is van een onjuiste opvatting van deze feiten of enige juridische redenering aan te voeren waarmee kan worden bewezen waarom de beoordeling van deze argumenten door het Gerecht blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Girardot beperkt zich aldus tot een verzoek om een heronderzoek van het bestreden arrest.

92 Bijgevolg dient de incidentele hogere voorziening niet-ontvankelijk te worden verklaard.

93 Gelet op een en ander moeten de principale hogere voorziening en de incidentele hogere voorziening worden afgewezen.

Kosten

94 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Commissie in de principale hogere voorziening in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van Girardot te worden verwezen in de kosten van die hogere voorziening. Aangezien Girardot in de incidentele hogere voorziening in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten van die hogere voorziening.

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart:

- 1) De principale hogere voorziening en de incidentele hogere voorziening worden afgewezen.**
- 2) De Commissie van de Europese Gemeenschappen wordt verwezen in de kosten van de principale hogere voorziening.**
- 3) Girardot wordt verwezen in de kosten van de incidentele hogere voorziening.**

ondertekeningen