

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA

apresentadas em 10 de Dezembro de 1986

*Senhor Presidente,
Senhores Juízes,*

Srs. Ortoli e Pisani, já não faziam parte da Comissão.

1. O recorrente, Sr. Yves Bouteiller, funcionário das Comunidades Europeias desde 1959, pede a anulação da decisão da Comissão, de 19 de Dezembro de 1984, que nomeou o Sr. Jürgen Mensching chefe da Divisão de «Energia (com excepção do carvão), química, produtos agrícolas e alimentares» da Direcção-Geral da Concorrência.

O Conselho havia decidido, nas suas reuniões de 6 de Novembro e 11 de Dezembro de 1984, não proceder à sua substituição, dado que a nova Comissão entraria em funções em 5 de Janeiro de 1985.

A reclamação e o recurso foram tempestivamente interpostos, nos termos dos artigos 90.º e 91.º do estatuto dos funcionários.

Tal nomeação seguiu-se à publicação, em 26 de Outubro de 1984, do anúncio de vaga COM/1421/84, ao qual responderam dezanove funcionários, entre os quais o recorrente.

2. Passemos agora à análise dos diversos fundamentos invocados pelo recorrente para sustentar a procedência do recurso.

Examinadas as candidaturas pelo comité consultivo das nomeações nos graus A 2 e A 3 («grupo Noël»), foi este do parecer — emitido em 17 de Dezembro de 1984 — de que cinco candidatos, entre os quais figurava o Sr. Mensching mas não o recorrente, deveriam ser especialmente considerados.

Na petição de recurso, o recorrente invocou, como primeiro fundamento de anulação, a irregularidade da composição da Comissão aquando da decisão litigiosa, em face da disposição do artigo 10.º, n.º 1, alínea d), do Tratado que instituiu um Conselho único e uma Comissão única das Comunidades Europeias (Tratado de Fusão, de 8 de Abril de 1965).

Em 19 de Dezembro, a Comissão procedeu ao exame das candidaturas e decidiu nomear o Sr. Mensching no lugar de chefe de divisão.

O argumento não procede.

A decisão foi tomada numa altura em que, por se terem demitido das suas funções, os dois comissários de nacionalidade francesa,

O artigo 12.º do referido Tratado permite ao Conselho decidir a não substituição dos comissários que cessem as suas funções antes do termo do mandato. O Conselho tomou essa decisão relativamente aos Srs. Ortoli e Pisani, dado o curto período que faltava para terminarem os seus mandatos.

De resto, como sustenta a Comissão na sua resposta, a regra do artigo 10.º do Tratado de Fusão não poderia pôr em causa, por si só, o funcionamento da Comissão à luz do princípio geral da continuidade do serviço público.

Isso mesmo sucede em outros casos de força maior, como o falecimento de um membro da Comissão que fosse o único da sua nacionalidade.

Não sendo, por outro lado, contestado que estivesse verificado o «quórum» exigido pelo artigo 17.º do Tratado de Fusão para o funcionamento da Comissão, impõe-se concluir que a decisão de nomeação do Sr. Mensching é inatacável do ponto de vista da competência da entidade que a tomou.

Esse mesmo foi o entendimento expresso pela Comissão e pelo Conselho nas respostas às questões escritas n.ºs 1941/84 e 1942/84, do Parlamento Europeu, ao considerarem, expressamente e sem reservas, que, estando em todos os momentos a composição da Comissão de acordo com as regras em vigor, ela pôde exercer plenamente as suas funções, achando-se inteiramente assegurada a validade dos actos praticados durante o período litigioso.

Foi o caso de várias outras nomeações e de actos de diferente natureza que, como foi lembrado na audiência, a Comissão terá praticado durante o referido período de dois meses, nenhum fundamento se descortinando para a opinião expressa pelo recorrente de que a competência da Comissão para agir se limitaria apenas aos casos de urgência em que qualquer atraso pudesse prejudicar os interesses da Comunidade.

Ao fim e ao cabo, o recorrente acabou por reconhecer, na audiência, que a Comissão não estava irregularmente constituída, dispondo por conseguinte de poderes para agir validamente.

A autonomia deste fundamento é aliás atenuada pelo recorrente, ainda na fase escrita do processo e depois, claramente, na audiência, ao ligar o argumento da irregularidade à alegada precipitação ou pressa com que a Comissão teria agido, o que seria constitutivo de um vício de desvio de poder.

O primeiro fundamento invocado pelo recorrente acaba assim por se dissolver no seu quarto fundamento, pelo que a propósito deste analisaremos os demais aspectos da questão.

Aliás, a este último fundamento acaba também por se reconduzir a substância dos demais argumentos do recorrente, na medida em que todos integram a alegação de desvio de poder imputado pelo recorrente à Comissão.

Analisemo-los, porém, um a um naquilo que têm de específico e autónomo.

2.1. Segundo o recorrente, a Comissão teria nomeado para o lugar em questão um candidato que, ao contrário do recorrente, não disporia da experiência nem das qualificações exigidas pelo anúncio de vaga.

Teria assim violado o artigo 7.º, n.º 1, do estatuto, que prevê a colocação de cada funcionário «num lugar da sua categoria ou quadro correspondente ao seu grau», «no interesse exclusivo do serviço e sem consideração de nacionalidade».

Segundo o recorrente, este seria um fundamento autónomo, distinto do seguinte baseado no artigo 45.º, n.º 1, do estatuto, aplicável à questão das promoções.

Reconheça-se que é difícil, nas circunstâncias do caso, fazer da violação do artigo 7.º um fundamento autónomo de anulação diferente do desvio de poder ou um argumento distinto do tirado do artigo 45.º, n.º 1.

A supor porém que assim seja, vejamos se procede a argumentação do recorrente.

A Comissão ilustra a sua contestação da tese do recorrente com a descrição da carreira do Sr. Mensching.

Membro do gabinete do comissário Haferkamp entre 1970 e 1975, assistente do director-geral da concorrência entre Agosto de 1975 e Abril de 1981, chefe de gabinete adjunto e depois chefe de gabinete do mesmo comissário, o Sr. Mensching teria adquirido, para além da sua formação universitária, os conhecimentos e a experiência requeridos para satisfazer todas as especificações do anúncio de vaga, quer quanto à natureza do lugar a desempenhar, quer quanto às qualificações exigidas.

Com efeito, as suas atribuições como assistente do director-geral da concorrência alargar-se-iam a todos os aspectos da política e do direito da concorrência na Comunidade e as funções desempenhadas no gabinete de um comissário, para além de atestarem a aptidão a dirigir pessoal, obrigaram-no a tomar contacto e a acompanhar todos os aspectos da actividade comunitária, para além de alguns sectores específicos, em conformidade com as atribuições dos comissários e a natureza colegial das responsabili-

dades da Comissão, que obrigam os membros dos seus gabinetes a acompanhar o conjunto das actividades da instituição.

No gabinete Haferkamp, o Sr. Mensching teria aliás sido encarregado durante perto de 4 anos, como chefe de gabinete adjunto, da política de concorrência (DG IV) e, segundo refere a Comissão, os seus relatórios de classificação mencionam as suas actividades de conselheiro em todos os domínios da política de concorrência entre 1971 e 1981.

Durante a audiência, o recorrente insistiu particularmente em que o Sr. Mensching não possuiria uma das qualificações exigidas: «conhecimento de um ou vários dos sectores em questão», tal não lhe sendo permitido pela sua carreira.

Não nos parece que assim seja.

O anúncio de vaga não exigia (ao contrário do que sucedia relativamente a outras exigências) um conhecimento *aprofundado*, bastando-se com um conhecimento não qualificado de um ou mais sectores integrados na DG IV.

Nessas condições, não se nos afigura que a AIPN tenha errado — sobretudo que tenha cometido qualquer erro manifesto — ao considerar que, dadas as funções que exercera, o Sr. Mensching obtivera esse conhecimento. O contrário seria de espantar num funcionário que o próprio recorrente reconheceu ser «um homem extremamente competente».

A Comissão refere aliás que os relatórios de classificação do Sr. Mensching são extremamente elogiosos durante todo o tempo de serviço, pondo em evidência a sua competência e as suas qualidades de funcionário excepcional.

É certo que, como reconhece a Comissão na resposta, a carreira do Sr. Bouteiller, funcionário da DG Concorrência desde 1959, é também de natureza a considerar verificadas as condições do anúncio de vaga.

Porém, ainda segundo a Comissão, os relatórios de classificação do recorrente, não terão sido inequivocamente favoráveis senão durante os anos de 1959 a 1978.

Nestas condições, competia à AIPN fazer uso do seu poder de apreciação na avaliação das aptidões dos candidatos para exercer novas tarefas no interesse do serviço.

Fê-lo no quadro do parecer do comité consultivo de nomeações, o qual seleccionara, de entre todos os que se apresentaram, cinco candidatos de várias nacionalidades que considerou como os mais aptos para o preenchimento do lugar em causa. Entre tais candidatos figurava o Sr. Mensching mas não o recorrente.

Ora, como o Tribunal tem repetidamente afirmado, «a apreciação das aptidões de um funcionário releva da competência da Administração»¹, sendo que, «para avaliar o interesse do serviço, assim como os méritos a tomar em consideração no quadro de uma decisão de promoção..., a AIPN dispõe de um largo poder de apreciação»².

Neste domínio, o controlo do Tribunal deverá «limitar-se à questão de saber se, tendo em conta as vias e os meios que levaram a

Administração à sua apreciação, esta se manteve dentro de limites não criticáveis e não usou do seu poder de forma manifestamente errónea».

«Designadamente, o Tribunal não poderá substituir a sua apreciação dos méritos e qualificações dos candidatos à da AIPN, quando nenhum elemento do processo permite afirmar que, ao apreciar os méritos e qualificações dos candidatos, a AIPN teria cometido um erro manifesto»³.

É esse o caso no presente processo: nenhuma demonstração foi feita de que, ao promover o Sr. Mensching e não o Sr. Bouteiller ou qualquer outro candidato, a AIPN se tenha afastado dos limites do largo poder de apreciação que o Tribunal lhe reconhece ou tenha feito uma apreciação manifestamente errada das qualificações dos candidatos.

O Tribunal tem aliás decidido⁴ que a AIPN não é sequer «obrigada a fundamentar as decisões de promoção relativamente aos candidatos não promovidos, uma vez que os considerando de tal fundamentação arriscar-se-iam a ser prejudiciais a estes ou, pelo menos, a alguns deles».

É certo que, como também afirmou o Tribunal⁵, o exercício dos poderes da AIPN supõe «um exame escrupuloso dos processos e uma observância conscienciosa das exigências enunciadas no anúncio de vaga».

Resulta, porém, de tudo o que precede, que a nomeação do Sr. Mensching, tendo em conta o seu processo individual, respeitava

1 — Acórdão de 27 de Junho de 1973, processo 35/72, Kley/Comissão, Recueil, p. 690, vigésimo nono considerando.

2 — Ver, por exemplo, acórdão de 30 de Outubro de 1974, processo 188/73, Grassi/Conselho, Recueil, p. 1109, vigésimo sexto considerando; acórdão de 3 de Dezembro de 1981, processo 280/80, Bakke-D'Aloia/Conselho, Recueil, p. 2887 e seguintes, especialmente p. 2898, décimo fundamento; acórdão de 21 de Abril de 1983, processo 282/81, Ragusa/Comissão, Recueil, p. 1245 e seguintes, especialmente p. 1256/57 a 1257, nono e décimo terceiro fundamentos; acórdão de 14 de Julho de 1983, processo 176/82, Nebe/Comissão, Recueil, p. 2475 e seguintes, especialmente p. 2486, décimo oitavo fundamento; acórdão de 23 de Outubro de 1986, processo 26/85, Vaysses/Comissão, Colect., p. 3131, vigésimo sexto e vigésimo sétimo fundamentos.

3 — Ver acórdão de 21 de Abril de 1983, processo 282/81, Ragusa/Comissão, citado, sumário e décimo terceiro fundamento.

4 — Acórdão Grassi, citado, décimo segundo fundamento.

5 — Ver acórdão Grassi citado.

cabalmente as condições definidas no anúncio de vaga.

Em nosso entender, este fundamento deve pois ser rejeitado.

2.2. Segundo o recorrente, a Comissão não teria procedido a um exame comparativo dos méritos dos candidatos e dos relatórios que lhes dizem respeito, violando assim o disposto no artigo 45.º do estatuto.

Os actos de candidatura não teriam sido examinados pela própria Comissão, a qual se teria baseado simplesmente na verificação feita pela Direcção-Geral do Pessoal e da Administração e no parecer do comité consultivo das nomeações nos graus A 2 e A 3.

Resulta porém das actas da reunião da Comissão de 19 de Dezembro de 1984 que:

- a) os actos de candidatura dos interessados foram difundidos no documento PERS(84) 204;
- b) foram verificados pela Direcção-Geral do Pessoal, com as peças justificativas que se encontravam no processo individual dos interessados;
- c) o comité consultivo das nomeações emitiu o seu parecer em 17 de Dezembro de 1984, dele havendo a Comissão tomado boa nota. O parecer foi emitido com base no exame do acto de candidatura de cada funcionário e do seu processo individual e teve em conta a opinião do director-geral da concorrência, ouvido pelo comité;
- d) a Comissão procedeu a um exame comparativo dos méritos dos candidatos, tendo em conta as características do lugar a preencher, e examinou os relatórios

sobre a competência, o rendimento e a conduta no serviço de cada um dos candidatos.

Nenhum motivo há para supor que as coisas não se tenham passado assim e, em qualquer caso, o recorrente nenhuma prova faz do contrário, isto é, de que a Comissão não procedeu efectivamente a um exame comparativo dos méritos dos candidatos.

Acrescente-se que, como foi decidido no processo 62/75, acórdão de 1 de Julho de 1976⁶, a AIPN, ao decidir sobre as promoções, tem «o poder estatutário de fazer uma escolha com base num exame comparativo dos méritos dos candidatos estabelecido pelo método que julgar mais conveniente, assim como com base nos seus relatórios de classificação». A este respeito, os elementos de apreciação são diversos, incluindo os diplomas obtidos, a competência e o rendimento no trabalho, bem como o nível geral dos serviços prestados no exercício das suas funções⁷.

Feito este exame comparativo — e como o Tribunal também já decidiu⁸ — «quando um candidato preenche todas as condições do anúncio de vaga, a AIPN pode preferi-lo a um outro candidato igualmente qualificado, por motivos ligados ao interesse do serviço, sem que esta nomeação constitua um desvio de poder».

Ao fim e ao cabo, somos, também aqui, levados a sublinhar o largo poder de apreciação de que dispõem as instituições no qua-

6 — Acórdão de 1 de Julho de 1976, processo 62/75, De Wind/Comissão, Recueil, p. 1167, em especial p. 1176, décimo sétimo considerando.

7 — Ver, por exemplo, acórdão de 17 de Março de 1983, processo 280/81, Hoffmann/Comissão, Recueil, p. 889 e seguintes, especialmente p. 901, nono fundamento; acórdão de 24 de Março de 1983, processo 298/81, Colussi/Parlamento, Recueil, p. 1131 e seguintes, especialmente p. 1142, vigésimo segundo fundamento; acórdão de 14 de Julho de 1983, processo 9/82, Øhrgaard e Delvaux/Comissão, Recueil, p. 2379 e seguintes, especialmente p. 2390, décimo sétimo fundamento.

8 — Ver, por exemplo, acórdão de 17 de Dezembro de 1981, processo 151/80, De Hoe/Comissão, Recueil, p. 3161, especialmente p. 3175, décimo sexto fundamento.

dro das decisões de promoção efectuadas ao abrigo do artigo 45.º do estatuto, como é confirmado pela jurisprudência citada a propósito do fundamento anterior, sem que o Tribunal possa substituir a sua apreciação das qualificações e méritos dos candidatos à da AIPN, salvo em caso de erro manifesto⁹.

Ora, também do ponto de vista do exame comparativo dos candidatos, deve concluir-se que não resulta do processo ter a AIPN excedido os seus poderes ou cometido qualquer erro de apreciação merecedor de censura.

O recorrente suscita ainda, na tréplica, a dúvida sobre a regularidade da composição e do funcionamento do comité consultivo das nomeações, considerando-se na impossibilidade de determinar se a legalidade externa foi respeitada e interrogando-se sobre se este comité respeitará ou não o artigo 45.º, n.º 1, do estatuto, «que atribui competência à AIPN, e só a ela, para estatuir sobre as promoções».

A este propósito, cabe recordar que o comité consultivo das nomeações foi criado por decisão de 23 de Julho de 1980, a qual definiu a sua composição, o seu funcionamento e os seus poderes.

Resulta claramente do texto desta decisão que se trata de um órgão com competências consultivas, composto de membros nomeados a título pessoal, destinado a apoiar a Comissão no exercício das suas funções de

AIPN quanto aos funcionários de grau A 2 e A 3, sem quaisquer poderes decisórios.

Como o Tribunal decidiu já no acórdão Vaysse¹⁰, «as decisões de promoção, mudança e transferência são da exclusiva responsabilidade da autoridade investida do poder de nomeação. Por conseguinte, se esta faz intervir, por sua própria iniciativa e sem a isso ser obrigada pelo estatuto, no decurso da fase preparatória de certas decisões, uma instância consultiva como o “grupo Noël”, é livre de regular como lhe aprouver a sua composição e as suas responsabilidades».

Quanto ao argumento tirado pelo recorrente do facto de a Comissão ter declarado, na resposta, desconhecer a nota de 1 de Outubro de 1984 que o teria encarregado de exercer interinamente as funções de chefe de divisão, a Comissão esclareceu suficientemente que não se tratou de um interinato em aplicação do artigo 7.º, n.º 2, do estatuto — o que exigiria uma decisão da AIPN, a juntar ao processo individual por força do artigo 26.º — mas simplesmente de uma substituição provisória do chefe de divisão, na qualidade de funcionário mais antigo no grau mais elevado, até à designação do futuro titular do cargo. Tratar-se-ia pois de uma medida de organização interna dos serviços da DG IV, de aplicação em princípio automática por força do artigo 26.º do Regulamento Interno da Comissão, sem que a Comissão tivesse necessariamente de tomar dela conhecimento. Em qualquer caso, o exercício, durante pouco mais de dois meses, das funções em causa não seria de molde a obrigar a Comissão a alterar necessariamente o seu juízo sobre os méritos dos candidatos.

9 — Ver acórdão Ragusa, citado.

10 — Citado, décimo quinto fundamento.

Finalmente, também não nos parece que o recorrente se possa queixar do facto de a promoção litigiosa ter tido lugar em 19 de Fevereiro de 1985, numa altura em que a Comissão não dispunha dos relatórios de classificação mais recentes (o relatório do recorrente relativo aos anos de 1983 a 1985 foi elaborado no mês de Fevereiro de 1986).

Como nos informa a Comissão, esta dispunha — quer quanto ao recorrente, quer quanto ao Sr. Mensching — na altura da nomeação, dos últimos relatórios a eles respeitantes, elaborados em 1984 para os anos de 1981 a 1983. O relatório do recorrente para os anos de 1983 a 1985 veio de resto a constituir uma simples confirmação do seu relatório anterior.

Por todos estes motivos, impõe-se pois concluir que também este fundamento invocado pelo recorrente não deve obter provimento.

2.3. O recorrente invoca um último fundamento para o seu pedido, do qual — como já fizemos notar — todos os demais são, de certa maneira, elementos integrantes. Segundo ele, a Comissão teria agido com desvio de poder (e/ou com desvio de processo), de forma a preferir um colaborador de um membro da Comissão a um funcionário que prosseguia uma carreira normal.

Examinemos apenas os argumentos do recorrente que não foram já analisados e considerados infundados.

O recorrente invoca, como argumento relevante, a extraordinária precipitação com que, em seu entender, a Comissão tomou a decisão de nomeação do Sr. Mensching. Este facto, integrado num feixe de presunções suficiente para demonstrar o desvio de poder, resultaria, alegadamente, da circunstância de a nomeação do Sr. Mensching estar antecipadamente decidida.

Os elementos fornecidos pelo processo não nos permitem porém tirar esta conclusão.

Na audiência, a Comissão salientou, sem que tal fosse contestado pelo recorrente, que o prazo normal entre o envio das candidaturas e a decisão da Comissão é de duas ou três semanas. Ora, no caso em apreço, decorreu quase um mês, o que situa o processo no quadro de um desenvolvimento normal, retirando credibilidade ao argumento tirado da pressa ou precipitação da instituição.

O lugar em causa era, de resto, de criação recente e não admira que, criado ele, se tratasse de proceder ao seu preenchimento.

Na réplica, o recorrente invocou uma pretensa vontade de favorecer um funcionário de nacionalidade alemã, no quadro de equilíbrios internos que a Comissão entenderia preservar. A prová-lo estaria, designadamente, a existência de um único comité consultivo para os graus A 2 e A 3.

A Comissão explicou que isso decorria do facto de a AIPN, isto é a Comissão, ser a mesma para os dois graus e, além disso, que a nacionalidade alemã estaria sobrerepresentada na DG IV, o que retirava sentido ao argumento do equilíbrio.

O recorrente procurou, de resto, atenuar consideravelmente o alcance do argumento durante a audiência, sustentando, ao fim e ao cabo, não ser relevante a nacionalidade do Sr. Mensching no quadro da fundamentação do seu recurso.

Por outro lado, o recorrente reconheceu também, na audiência, que a nacionalidade dos comissários demissionários não era afi-

nal decisiva para a sua argumentação e que a independência dos membros da Comissão não estava em causa.

O argumento tirado da eventual discriminação em razão da nacionalidade deve pois ser afastado.

Em apoio do argumento baseado na qualidade de membro de um gabinete do Sr. Mensching, o recorrente invoca ainda certas circunstâncias de carácter geral: o alegado lançamento de «pára-quedistas» a partir dos gabinetes dos comissários, as posições tomadas por organizações sindicais e as questões postas a esse propósito por um deputado ao Parlamento Europeu.

A Comissão ilustrou a contestação desse argumento com a resposta ao deputado interrogante, fornecendo a proporção exacta das promoções de funcionários de gabinetes no total das promoções que tiveram lugar no decurso do segundo semestre de 1984.

Além disso, as posições sindicais visariam, segundo a Comissão, prevenir eventuais abusos em matéria de reintegração de antigos membros dos gabinetes, especialmente

no que respeita aos agentes temporários e à organização de concursos individuais, situações bem distintas da do Sr. Mensching, funcionário titular da Comissão desde 1 de Outubro de 1973.

Os argumentos do recorrente baseiam-se pois em considerações genéricas, a partir de factos exteriores ao processo, que não são suficientes, em nosso entender, para fundamentar a alegação de desvio de poder.

Como o Tribunal tem decidido¹¹, «uma decisão só está inquinada de desvio de poder quando é evidente, na base de índices objectivos, pertinentes e concordes, ter ela sido tomada para alcançar outros fins diferentes dos visados».

Ora, de tudo o que precede, decorre não ter o recorrente demonstrado suficientemente haver a Comissão feito um mau uso do poder discricionário, agindo em função de objectivos ilegítimos ou com erro manifesto.

Motivo pelo qual não nos parece também ser de acolher a argumentação do recorrente sobre o alegado desvio de poder na decisão da Comissão.

3. Nestes termos, não sendo de aceitar nenhum dos fundamentos invocados pelo recorrente, entendemos que deve ser negado provimento ao presente recurso, sendo as despesas suportadas por cada uma das partes, de acordo com o artigo 70.º do Regulamento Processual.

11 — Ver, por exemplo, acórdão de 21 de Junho de 1984, processo 69/83, Lux/Tribunal de Contas, Recueil, p. 2447 e seguintes, especialmente p. 2465, trigésimo fundamento.