Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MICHAL BOBEK
esitatud 29. jaanuaril 2019[1]

Kohtuasi C-243/18 P

ITERi ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa ühisettevõte (tuumasünteesienergeetika arendamise ühisettevõte)
versus

Yosu Galocha

Apellatsioonkaebus – Liidu avalik teenistus – Lepingulised töötajad – Tuumasünteesienergeetika arendamise ühisettevõtte töötajate valikumenetlus – Valikumenetluses toime pandud rikkumine – Kirjaliku katse toimumata jäämine – Hilisemate kolmandate isikutega seotud ja neile soodsate aktide tühistamine – Reservnimekirja tühistamine ja reservnimekirjast inimeste tööle võtmise tagajärgede tühistamine – Proportsionaalsus – Huvide tasakaal – Õiguspärane ootus

I. Sissejuhatus

1. ITERi ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa ühisettevõte (edaspidi „F4E“ või „apellant“) korraldas valikumenetluse lepinguliste töötajate leidmiseks. Vaba ametikoha teatele lisatud kandideerimisjuhistes oli märgitud, et läbi viiakse nii suulised kui ka kirjalikud katsed. F4E korraldas ainult suulise katse. Selle suulise katse järel valis ta välja kandidaadid, kes kanti reservnimekirjadesse, ning võttis seejärel nendest nimekirjadest tööle kaks kandidaati.

2. Yosu Galocha osales selles valikumenetluses. Tema nime reservnimekirjadesse ei kantud. Ta pöördus F4E vastu Üldkohtusse, paludes tühistada valikukomisjoni otsuse, mille kohaselt teda nimekirjadesse ei kantud. Üldkohus ei tühistanud mitte ainult seda otsust, vaid ka kõik reservnimekirjad tervikuna ja otsused määrata ametisse edukad kandidaadid nendest nimekirjadest.

3. Nüüd on F4E selle otsuse edasi kaevanud, väites, et Üldkohus rikkus proportsionaalsuse põhimõtet, kui ta tühistas kolmandatele isikutele soodsad meetmed, nimelt reservnimekirjad ja töölevõtmise otsused.

4. Käesolevas apellatsioonkaebuses palutakse Euroopa Kohtul kontrollida, kas tasakaal, milleni Üldkohus oma otsuses jõudis, oli käesoleva juhtumi faktilistel asjaoludel põhjendatud. Laiemalt, millistel asjaoludel võidakse seetõttu, et valikumenetluses on eeskirju eiratud, tühistada kõik sellest valikumenetlusest tulenenud edaspidised meetmed, sealhulgas sellised, mis on kolmandatele isikutele soodsad, nagu reservnimekirjad, individuaalsed töölevõtmise otsused või töölepingud?

1 Algkeel: inglise.

II. Faktilised asjaolud ja menetlus

A. Vaidluse taust

5. Faktilised asjaolud, nagu need on esitatud vaidlustatud kohtuotsuses,[2] saab kokku võtta järgmiselt.

6. F4E on Euratomi asutamislepingu artikli 45 mõttes ühisettevõte. See asutati nõukogu 27. märtsi 2007. aasta otsusega 2007/198/Euratom.[3] Y. Galocha töötas alates 23. aprillist 2014 ajutise töötajana F4E asukohas Barcelonas (Hispaania). Seejärel jäi ta 5. maist 2015 sinna F4E ja ühe teise äriühingu vahelise lepingu kohaselt tööle välistöövõtjana. Veebruaris 2016 lõppes ka viimati nimetatud leping.

7. F4E avaldas 5. veebruaril 2015 oma veebisaidil vaba ametikoha teate (F4E/CA/ST/FGIV/2015/001), et koostada kaks reservnimekirja. Eesmärk oli võtta tööle kulude kontrolli tugiametnikud ühest nelja nimega nimekirjast tema Barcelona üksuse ja veel ühest nelja nimega nimekirjast tema Cadarache'i (Prantsusmaa) üksuse jaoks. Edukad kandidaadid pidid tööle võetama lühiajalise lepinguga töötajatena Euroopa Liidu muude teenistujate teenistustingimuste (edaspidi „teenistustingimused") artikli 3a alusel kuni kolmeks aastaks ilma lepingu pikendamise võimaluseta.

8. Vaba ametikoha teate punktis 3 oli viidatud, et täpsemat teavet lepinguliste töötajate valiku menetluse kohta saab „Kandideerimisjuhistest". Need juhised olid saadaval F4E veebisaidil koos teenistustingimustega.

9. Kandideerimisjuhiste punkti 5 pealkiri oli „Ülevaade valikumenetlusest". Seal oli osutatud valikukomisjoni moodustamisele. Kandideerimisjuhiste punkti 5 alapunkti 1 „Kandidatuuride hindamine" kolmandas lõigus oli märgitud, et kõige sobivama profiiliga kandidaadid kutsutakse suulistele ja kirjalikele katsetele. Viiendas lõigus oli märgitud, et suuliste ja kirjalike katsete kuupäevad, kellaajad ja toimumiskohad antakse täpsemalt teada kvalifitseerunud kandidaatidele saadetavates kutsetes. Lõpuks oli kuuendas lõigus selgitatud, et nad võidakse kutsuda suulisele ja kirjalikule katsele samal päeval või mitmel järjestikusel päeval olenevalt kandidaatide arvust.

10. Kandideerimisjuhiste punkti 5 alapunkt 2 „Valiku tegemine" sisaldas järjestikusi pealkirju „Suuline katse", „Kirjalik katse" ja „Katsete korralduslikud aspektid".

11. Pealkirja „Suuline katse" all oli märgitud, et katse eesmärk on aidata valikukomisjoni liikmetel hinnata kandidaadi üldist ettevalmistust ja motivatsiooni, suutlikkust täita vaba ametikoha teate punktis „Kohustused" kirjeldatud ülesandeid, erialaseid teadmisi, eneseväljendusoskust F4E töökeeltes ja võimet kohaneda töötamisega mitmekultuurilises keskkonnas.

12. Pealkirja „Kirjalik katse" all oli märgitud, et selle katse raames võetakse arvesse konkreetset pädevust valikumenetlusega seotud vaba ametikoha jaoks, kandidaadi kirjaliku eneseväljenduse taset ja oskusi ning tema üldist võimekust ja keelelisi võimeid, niivõrd kui neid on vaja tema ülesannete täitmiseks.

13. Pealkirja „Katse korralduslikud aspektid" all teises lõigus oli märgitud, et kandidaatide hindamine on lõpule viidud alles siis, kui iga kandidaat on läbinud nii kirjaliku kui ka suulise katse, ning hinnang rajaneb mõlema katse raames saadud tulemusel.

2 25. jaanuari 2018. aasta kohtuotsus Galocha *vs.* tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa ühisettevõte (T-561/16, EU:T:2018:29, punktid 1–20).

3 Otsus, millega asutatakse Euroopa ITERi ja termotuumaenergia arendamise ühisettevõte ja antakse sellele eelised (ELT 2007, L 90, lk 58).

14. Y. Galocha esitas 26. veebruaril 2015 oma kandidatuuri kõnealusele vabale töökohale. F4E personalosakond kutsus ta 17. aprilli 2015. aasta e-kirjaga töövestlusele. Selle e-kirja manuses olevas kirjas teavitati teda, et töövestlus kestab umbes 45 minutit ja toimub põhiliselt inglise keeles. Töövestluse eesmärk oli hinnata tema üldist ettevalmistust ja motivatsiooni, suutlikkust täita vaba ametikoha teate punktis „Kohustused“ kirjeldatud ülesandeid, erialaseid teadmisi, eneseväljendusoskust F4E töökeeltes ja võimet kohaneda töötamisega mitmekultuurilises keskkonnas. Kirjas ei olnud kirjalikku katset kordagi mainitud.

15. Y. Galocha osales 11. mail 2015 suulisel katsel. Temale ega teistele kandidaatidele ei saadetud kutset kirjalikule katsele.

16. F4E personaliosakonna juhataja teatas talle 4. juuni 2015. aasta e-kirjas valikukomisjoni nimel, et arvestades suulist ja kirjalikku katset, kus ta osales, on valikukomisjon otsustanud tema nime reservnimekirja mitte kanda.

17. Samal päeval esitas Y. Galocha valikukomisjonile taotluse see otsus uuesti läbi vaadata. Ta osutas, et kirjalikku katset ei ole läbi viidud. Ta palus tühistada ainult suulise katse põhjal tehtud valiku ja viia läbi kirjalik katse, enne kui valikukomisjon lõpliku otsuse langetab. Samal päeval esitas Y. Galocha Euroopa Liidu ametnike personalieeskirjade (edaspidi „personalieeskirjad“) artikli 90 lõike 2 alusel samalaadselt sõnastatud kaebuse teenistuslepingute sõlmimise pädevusega ametikandjale, s.o F4E direktorile.

18. Valikukomisjon jättis hageja esitatud uuesti läbivaatamise taotluse 3. juuli 2015. aasta e-kirjaga rahuldamata.

19. Mõlemad vaidlusaluse valikumenetluse tulemuste põhjal koostatud reservnimekirjad sisaldavad nelja nime. Y. Galocha nime nendes ei ole. Ühele nendesse nimekirjadesse kantud edukatest kandidaatidest tegi F4E 25. juunil 2015 tööpakkumise ning see kandidaat asus tööle 1. augustil 2015 Cadarache'is. Veel ühele edukale kandidaadile tegi F4E tööpakkumise 10. juulil 2015 ning tema asus Cadarache'is tööle 1. novembril 2015.

20. Y. Galocha pöördus 18. augustil 2015 hagiga Euroopa Liidu Avaliku Teenistuse Kohtusse, kes andis asja 31. augustil 2016 üle Üldkohtule. Selles hagis väitis Y. Galocha, et valikumenetluses on rikutud õigusnormi. Y. Galocha nõudis valikumenetluse, reservnimekirjade ja nendest nimekirjadest edukate kandidaatide töölevõtmise tühistamist. Samuti nõudis ta, et korraldataks uus valikumenetlus, mis sisaldab kirjalikku katset.

21. F4E väitis vastu, et viide kirjalikule katsele oli tahtmatu haldusviga. Ta ei olnud kavatsenudki korraldada sellist katset tähtajalise ametikoha jaoks, mis oli vaja kiiresti täita. Pealegi ei sooritanud kirjalikku katset ükski kandidaatidest, mistõttu ei ole võrdse kohtlemise põhimõtet rikutud.

B. Vaidlustatud kohtuotsus ja menetlus Euroopa Kohtus

22. Üldkohus märkis oma 25. jaanuari 2018. aasta otsuses (edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus“),[4] et Y. Galocha väidab õigesti, et vaidlusaluses valikumenetluses rikuti õigusnormi. On selge, et vaidlusaluse vaba ametikoha teate kuulutuse siduvust arvestades oleks tulnud korraldada kirjalik katse. Selle rikkumise tõttu tühistas Üldkohus valikukomisjoni otsuse jätta Y. Galocha nimi reservnimekirja kandmata.[5]

4 25. jaanuari 2018. aasta kohtuotsus Galocha *vs.* tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa ühisettevõte (T-561/16, EU:T:2018:29).

5 Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 36–58.

23. Samuti rahuldas Üldkohus nõuded seoses sellega, et reservnimekirjad ja nende nimekirjade põhjal edukate kandidaatide töölevõtmine olid väidetavalt õigusvastased.[6] Selles suhtes viitas ta omaenda praktikale,[7] mille kohaselt tuleb hilisemad kolmandatele isikutele adresseeritud ja neid soodustavad otsused tühistada üksnes juhul, kui see tühistamine ei tundu ülemäärane, arvestades muu hulgas toime pandud õigusnormide rikkumist, kolmandate isikute huve ja teenistuse huve. Üldkohus leidis, et muu hulgas kolmandate isikute huvide hindamisel tuleb arvesse võtta kaalul olevat õiguspärast ootust, mis võib olla seotud kandidaadi nime kandmisega reservnimekirja ja tema nimetamisega täidetavale ametikohale.

24. Juhtumi asjaolusid arvesse võttes märkis Üldkohus, et edukad kandidaadid, kelle nimed olid reservnimekirja kantud, sealhulgas need, kes said F4E-lt tööpakkumise, ei saa tugineda õiguspärasele ootusele. Kõnealuse õigusnormide rikkumise laadi silmas pidades ei olnud ka reservnimekirjade ja nende põhjal edukate kandidaatide töölevõtmise otsuste tühistamine teenistuse huve arvestades ülemäärane.[8]

25. Üldkohus jättis hagi ülejäänud osas rahuldamata ning mõistis kohtukulud välja F4E-lt kui kohtuvaidluse kaotanud poolelt.[9]

26. Käesolevas apellatsioonkaebuses palub F4E apellandina Euroopa Kohtul tühistada kohtuotsus selles osas, milles on tühistatud vaidlusalused reservnimekirjad ja edukate kandidaatide töölevõtmise otsus. Samuti palub apellant mõista kohtukulud välja Y. Galochalt.

27. Apellant põhjendab apellatsioonkaebust ühe väitega, mis on jaotatud kolme ossa.

28. Esiteks väidab apellant, et valikumenetluse tulemuste tühistamine selles osas, mis puudutab kolmandaid isikuid, on kõnealust õigusvastasust arvestades ülemäärane.

29. Teiseks väidab apellant, et Üldkohus ei võtnud apellandi toime pandud rikkumise tagajärgede hindamisel arvesse selle rikkumise laadi. Administratsiooni vea tõttu ei jäänud keegi valikumenetlusest välja ja see mõjutas kõiki kandidaate ühtviisi. Kirjaliku katse ärajäämine ei mõjutanud sisulisi nõudeid, vaid mõjutas ainult seda, kuidas nende nõuete osas hinnang anti (ainult suulise katse kaudu). Seega tegi administratsioon kõigest menetlusvea, millega ei saa põhjendada, et tühistatakse edaspidised otsused, mis mõjutavad kolmandaid isikuid.

30. Kolmandaks on apellant seisukohal, et Üldkohus ei ole leidnud nõuetekohast tasakaalu Y. Galocha, kolmandate isikute ja teenistuse huvide vahel. Apellandi sõnul ei mõjuta vaidlustatud kohtuotsus Y. Galocha huve ega õiguslikku olukorda, sest ta ei ole nõudnud kahjuhüvitist, ja kuna Üldkohus ei ole kohustanud F4E-d valikumenetlust uuesti korraldama ja kirjalikke katseid korraldama. Küll aga mõjutab vaidlustatud kohtuotsus edukaid kandidaate ebasoodsalt: selle kohtuotsuse tagajärjel kustutataks nad reservnimekirjadest ja/või nende töölepingud lõpetataks.

31. Y. Galocha ei ole vastust esitanud.

6 Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 59–67.

7 Nimelt 31. märtsi 2004. aasta kohtuotsusele Girandot *vs.* komisjon (T-10/02, EU:T:2004:94, punktid 85–86).

8 Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 68–69.

9 Vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 71–80.

III. Hinnang

32. Käesolev ettepanek on üles ehitatud järgmiselt. Kõigepealt käsitlen laiemaid küsimusi, millel käesolev apellatsioonkaebus põhineb ja mis on omased olukorrale, kus kohus teeb otsust kaebuse kohta, milles palutakse tühistada rikkumist hõlmanud valikumenetluse tulemused: kui kaugele peaks see rikkumine põhimõtteliselt ulatuma? (A). Teiseks käsitlen kaalutlusi, millest juhinduda otsuse tegemisel selle kohta, kas kolmandatele isikutele soodsad otsused, nagu otsus lisada edukad kandidaadid reservnimekirja või nad tööle võtta, tuleb tühistada (eelneva rikkumise *tõttu*) või kehtima jätta (sellest rikkumisest *hoolimata*) (B). Kolmandaks rakendan neid kaalutlusi käesoleva apellatsioonkaebuse suhtes ja teen Euroopa Kohtule ettepaneku, et otsuseid võtta kaks edukat kandidaati tööle ei oleks tulnud tühistada (C).

A. Üldine lähenemisviis: „mürgise puu viljad“ või „iga oksa tasakaalustamine“?

33. Valikumenetlused ELi institutsioonide ja organite jaoks kalduvad olema keerulised haldusülesanded, mille eesmärk on luua asjakohane varu sobiva kvalifikatsiooniga isikuid. Sellised menetlused koosnevad paljudest eri sammudest, millest igaühes tekib mitmesuguseid (haldus)akte, mis võivad olla üldaktid (seotud menetluse korraldamisega laiemalt, nagu vaba ametikoha teated, kandideerimiseeskirjad või aktid, milles määratletakse valikukriteeriumid) või üksikaktid (nagu reservnimekirja kehtestamise otsused, aktid, millega kandidatuur tagasi lükatakse, või edukate kandidaatide vabale ametikohale määramise otsused).

34. Need eri aktid on omavahel tihedalt seotud. Sellel on mõju nende aktide kohtulikule kontrollile ELTL artikli 270 alusel. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt saab otseselt vaidlustada ainult neid akte, mis riivavad kaebaja huve, tuues kaasa selge muutuse tema õiguslikus olukorras. Seevastu ettevalmistavaid akte, mis on osa valikumenetlusest kui tervikust, saab vaidlustada vaid kaudselt, seoses kaebusega otsuse peale, mis on tehtud selle menetluse lõpuleviimisel.[10]

35. Seoses valikumenetlustega, mille käigus vastu võetud küllalt palju akte ja otsuseid oleksid lõpliku valiku otsuste seisukohast käsitatavad kui ettevalmistavad, on paratamatu, et selliste menetluste *tulemused* vaidlustatakse *eelnenud* rikkumiste põhjal. Välja arvatud niisuguste rikkumiste korral, mis kiiresti heastatakse või millel lihtsalt ei saa olla määravat mõju järgmistele etappidele,[11] tekib küsimus, kuidas mõjutab valikumenetluses toime pandud rikkumine (n-ö pärispatt) edaspidiseid otsuseid, mis tehakse valikumenetlustes ja pärast seda, nagu üksikotsused edukate kandidaatide töölevõtmise või isegi nende hilisema edutamise kohta.

36. Laias laastus võib ette kujutada kahte lähenemisviisi.

37. Esiteks on olemas „mürgise puu viljade“ loogika.[12] Põhivalikumenetluses oli nakatunud puu tüvi. Seega pidi olema sama juhtunud kõikide selle okste ja viljadega. Niisiis tuleb maha raiuda kõik selle puu oksad: mitte ainult (negatiivsed) otsused jätta kandidaadid reservnimekirjadesse *kandmata* või nad tööle *võtmata*, vaid ka teised (positiivsed) otsused, nimelt otsused koostada reservnimekiri, kuhu kantakse teatavad isikud, või otsused inimesi sellest nimekirjast tööle võtta.

10 Vt nt 15. juuli 1993. aasta kohtuotsus Camara Allosio jt *vs.* komisjon (T-17/90, T-28/91 ja T-17/92, EU:T:1993:69, punktid 39–42) ja 17. detsembri 2003. aasta kohtuotsus McAuley *vs.* nõukogu (T-324/02, EU:T:2003:346, punkt 28). Vt samuti 21. märtsi 2013. aasta kohtuotsus Brune *vs.* komisjon (F-94/11, EU:F:2013:41, punktid 34 ja 39).

11 Vt nt 18. detsembri 1980. aasta kohtuotsus Gratreau *vs.* komisjon (156/79 ja 51/80, EU:C:1980:304, punkt 24).

12 Olen siinkohal tänulik kohtunik Frankfurterile (metafoorse) inspiratsiooni eest kohtuotsuses Nardone *vs.* Ameerika Ühendriigid, 308 U.S. 338 (1939), ehkki selle metafoori õiguslik kontekst Ameerika Ühendriikides ja sellest tulenenud reegel (välistav reegel, mis puudutas õigusvastaselt hangitud tõendeid) olid täiesti teistsugused.

38. Teiseks on olemas „iga oksa eraldi hindamise“ loogika. Sellest vaatevinklist ei tähenda tüve nakatumine tingimata seda, et kõik tuleb maha raiuda. Selle asemel tuleb läbi viia hoolikas tasakaalustamine: milline ja kui ulatuslik on tüve nakatumine (kui tõsine on rikkumine)? Kes istub igal puu oksal (keda võib tühistamine mõjutada ja kui palju)? Ülekantud või otseses tähenduses võivad kergelt nakatunud tüved siiski veel kasvatada endast terveid oksi. Pealegi võib puu aja jooksul paraneda.

39. Kohe algul väärib toonitamist, et hoolimata vahel esinevast ennistamise retoorikast ja vajadusest taastada kahju kannatanud kandidaatide õigused, aga ka sellest, et harilikult taotlevad need väidetavalt kahju kannatanud kandidaadid õiguskaitsevahendina (kõikide) tööle võtva üksuse otsuste tühistamist, on ELi kohtute üldine lähenemisviis [13] alati olnud teisena nimetatu. Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et kui konkursi käigus on pandud toime rikkumine, on kandidaadi õigused piisavalt kaitstud, kui konkursikomisjon ja ametisse nimetav asutus kaaluvad oma otsused uuesti üle ja otsivad tema suhtes õiglast lahendust, ilma et oleks vaja seada küsimärgi alla kogu konkursi tulemusi või tühistada selle tulemusel isikute töölevõtmist. [14] Konkursi kõigi tulemuste tühistamine kujutab põhimõtteliselt endast toime pandud õigusvastase teo ülemäärast sanktsiooni. [15] Igal juhul on ELi kohtud tunnistanud, et kui akt, mis tuleb tühistada, toob kasu kolmandale isikule (nagu see on reservnimekirja kandmise, edutamisotsuse või vabale ametikohale ametisse nimetamise otsuse puhul), tuleb kohtul enne kontrollida, ega tühistamine ei kujutaks endast toime pandud õigusvastase teo ülemäärast sanktsiooni. [16]

B. Kaalutlused

40. Seega ei ole kindlasti olemas „tühistamise automaatsust“, mis eeldaks kõikide õigust riivava valikumenetluse tagajärgede mehaanilist kaotamist. Selle asemel tuleb kaalul olevaid eri huvisid (1) üksteise suhtes kaaluda, arvestades iga juhtumi konkreetset konteksti ja tegureid (2), et leida õiglane lahendus seoses konkreetse õiguskaitsevahendi või õiguskaitsevahendite kogumiga, mida igal üksikjuhul taotletakse (3).

1. Huvid

41. Kaalul olevaid individuaalseid huvisid ei ole raske kindlaks teha. Harilikult kuuluvad nende hulka riive all kannatanud kandidaatide (peamiselt edutute kandidaatide) huvid; kolmandate isikute (peamiselt edukate kandidaatide) huvid; ja üleüldine „huvi“ õiguspärasuse (seaduslikkuse) vastu. [17]

42. Euroopa Kohus on eri kontekstides tunnustanud kõikide „individuaalsete“ poolte huve. Ta on toonitanud „vajadust kooskõlastada nende kandidaatide huvid, kes satuvad konkursi käigus toime pandud rikkumise tõttu ebasoodsamasse olukorda, teiste kandidaatide huvidega. Euroopa Kohus ei pea arvesse võtma mitte ainult vajadust taastada nende kandidaatide õigused, kelle õigusi on juba riivatud, *vaid* arvestama *ka* juba välja valitud kandidaatide õiguspäraseid ootusi“. [18]

13 „ELi kohtute“ all pean silmas Euroopa Kohtu, Üldkohtu ja (kuni 2016. aastani) Avaliku Teenistuse Kohtu otsuseid.

14 Vt nt 14. juuli 1983. aasta kohtuotsus Detti *vs.* Euroopa Kohus (144/82, EU:C:1983:211, punkt 33); 6. juuli 1993. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Albani jt (C-242/90 P, EU:C:1993:284, punkt 13) ja 22. juuni 1990. aasta kohtuotsus Marcopoulos *vs.* Euroopa Kohus (T-32/89 ja T-39/89, EU:T:1990:39, punkt 44 ja seal viidatud kohtupraktika).

15 Vt nt 5. juuni 1980. aasta kohtuotsus Oberthür *vs.* komisjon (24/79, EU:C:1980:145, punkt 13) ja 5. mai 2010. aasta kohtuotsus Bouillez jt *vs.* nõukogu (F-53/08, EU:F:2010:37, punkt 83).

16 Vt nt 5. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Spadafora *vs.* komisjon (T-250/16 P, ei avaldata, EU:T:2017:866, punkt 110) ja 5. mai 2010. aasta kohtuotsus Bouillez jt *vs.* nõukogu (F-53/08, EU:F:2010:37, punkt 82).

17 Vt selle kohta 5. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Spadafora *vs.* komisjon (T-250/16 P, ei avaldata, EU:T:2017:866, punkt 110) ja 5. mai 2010. aasta kohtuotsus Bouillez jt *vs.* nõukogu (F-53/08, EU:F:2010:37, punktid 87–89).

18 Vt nt 6. juuli 1993. aasta kohtuotsus komisjoni *vs.* Albani jt (C-242/90 P, EU:C:1993:284, punkt 14). Kohtujuristi kursiiv.

43. Iga niisuguse individuaalse huvi täpne sisu on üpris ilmne. Olukord on siiski pisut keerulisem, kui püütakse määratleda teenistuse huve ja huvi õiguspärasuse vastu.

44. ELi kohtud asuvad vahel seisukohale, et austus seaduslikkuse vastu kuulub teenistuse huvide *hulka*.[19] Siiski on tunnistatud ka seda, et teenistuse huvid ei hõlma mitte ainult austust seaduse vastu, vaid ka „ebaseaduslike otsuste tühistamata jätmise eelarvelisi tagajärgi […], võimalikke jõustunud kohtuotsuse täitmise raskusi, võimalikku teenistuse järjepidevuse kahjustamist ja institutsioonisisese sotsiaalse õhkkonna halvenemise ohtu“.[20]

45. Seega, kuidas ka ei soovitaks toetada nägemust institutsiooni isetust huvist seaduslikkuse vastu, võib tegelikkusele kuuluv hoiatav hääl sosistada midagi muud. Ei ole mõeldamatu, et mõnikord võib inimestest koosnev institutsioon või asutus pidada „teenistuse huvidele“ vastavaks tegevusega edasiminekut hoolimata selle õigusvastasusest, näiteks administratsiooni järjepidevuse ja korraliku toimimise huvides või mis tahes muul põhjusel. Teisisõnu võib teenistusel tõepoolest olla objektiivne huvi tagada, et haldustegevus on üldiselt seadusega kooskõlas, kuid siiski ka subjektiivne huvi individuaalsel juhul kinnitada valikumenetluse tulemus ja jätta tööle võetud isikud tööle, *olgugi et* on toime pandud rikkumine.

46. Teisest küljest jagavad huvi selle vastu, et institutsioon tegutseks seaduslikult ja seega mängiks (valiku mängu) reeglite järgi, ka kandidaadid.[21] Sel põhjusel, ja samuti kuna õigusvastasusele on omane „konverteeruda“ konkursi tulemuste vastu rakendatava „sanktsiooni“ ranguseks, on vahest parem tunnistada, et „teenistuse huvid“ erinevad „üldisest huvist seaduslikkuse vastu“. Kõige parem on hoida need kaks mõistet teineteisest lahus.

2. Tegurid

a) Valikumenetluse liik

47. On juhtumeid, mille puhul eristatakse ühest küljest avalikke konkursse ja teisest küljest sisekonkursse ja edutamist. Kui *avalikul konkursil* tühistatakse üks valikumenetluse aste, loetakse edutute kandidaatide huvid piisavalt kaitstuks, kui konkursikomisjon ja ametisse nimetav asutus kaaluvad oma otsused uuesti üle ja otsivad nende suhtes õiglast lahendust, ilma et oleks vaja seada küsimärgi alla kogu konkursi tulemusi või tühistada selle tulemusel isikute töölevõtmist, olenemata rikkumise laadist ja sellest, mil määral see konkursi tulemusi mõjutab. Seevastu *sisekonkursside ja edutamise* korral annavad kohtud hinnangu juhtumhaaval, võttes arvesse rikkumise laadi.[22]

48. Ma ei arva, et sellises juhulises eristamises saaks näha formaalseid reegleid lähenemisviisi kohta. Näen selles juhulises eristamises pigem viidet teistsugusele muutujale: tõenäoliselt mõjutavad valikumenetluse suurus ja liik teadmisi, mida mõistlikult informeeritud kandidaadilt eeldatakse. Tähelepanu väärivad kaks aspekti: esiteks valikumenetluse kõikide reeglite ja korra tundmine; ja teiseks teadlikkus sellest, et ühte või mitut nendest reeglitest selle menetluse käigus rikuti.

19 Vt nt 5. mai 2010. aasta kohtuotsus Bouillez jt *vs.* nõukogu (F-53/08, EU:F:2010:37, punkt 89) ja 23. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus Strack *vs.* komisjon (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punkt 125).

20 Vt nt 5. mai 2010. aasta kohtuotsus Bouillez jt *vs.* nõukogu (F-53/08, EU:F:2010:37, punkt 89).

21 „Algses olukorras“ ja „teadmatuse loori taga“ selles osas, mis puudutab valikumenetluse tulemust, valiks iga ratsionaalne kandidaat seaduslikkuse üheks põhimõtetest, mille kohaselt valikumenetlus tuleb läbi viia (ehkki võib julgelt eeldada, et John Rawls ei pidanud selle teooria postuleerimisel silmas ELi lühiajaliste lepingutega töötajaid – vt Rawls, J., *A Theory of Justice*. Revised Edition, Belknap Press, Harvard, 1999, lk 118–130).

22 Vt nt 6. juuli 1993. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Albani jt (C-242/90 P, EU:C:1993:284, punkt 13); 5. mai 2010. aasta kohtuotsus Bouillez jt *vs.* nõukogu (F-53/08, EU:F:2010:37, punktid 83–90) ja 23. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus Strack *vs.* komisjon (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punkt 117).

49. Niisuguste avalike konkursside puhul, kus osaleb sadu või kuni kümneid tuhandeid „anonüümseid“ kandidaate, võib eeldada, et nendel kandidaatidel peaksid olema algteadmised valikumenetluse kohta. Ent on ebatõenäoline (ja üsna ebarealistlik eeldada), et nad on hästi kursis ELi avaliku teenistuse õigusega. Samuti, arvestades kandidaatide arvu, anonüümsust ning kandidaadi ja administratsiooni vahelist märkimisväärset asümmeetriat informeerituse osas, on pigem ebatõenäoline, et sellised kandidaadid suudaksid võimalikku riivet märgata.

50. Seevastu, mida väiksemaks ja kinnisemaks muutub konkurss, seda mõistlikum on eeldada kandidaatidelt suuremat informeeritust ja rohkem teadmisi. Saab eeldada, et „insaiderkandidaadid“, näiteks viis sisekonkursi kandidaati, teavad kohaldatavaid reegleid üksikasjalikumalt ja/või võivad olla omandanud teadmisi võimaliku rikkumise kohta selles menetluses.

b) Rikkumise laad

51. Toime pandud õigusvastase teo laad ja raskusaste loevad. Edutamismenetlusi hinnates võtavad ELi kohtud arvesse rikkumise laadi. Kui tuvastatud eiramine on üksnes *menetlusviga*, mis mõjutab vaid ühe ametniku olukorda, on ELi kohtud *a priori* seisukohal, et see eiramine ei õigusta edutamisotsuste tühistamist, sest see oleks ülemäärane sanktsioon. Seevastu, kui tegemist on *materiaalõigusliku veaga*, nagu õigusnormi rikkumisega, mis tingib kogu teenete võrdleva hindamise õigusvastasuse, kaaluvad ELi kohtud üldjuhul asjasse puutuvaid huve.[23]

52. Minu arvates ei peaks need kaalutlused piirduma kõigest edutamisega, vaid olema asjakohased üldiselt, kui hinnatakse varasemate rikkumiste tagajärgi kolmandate isikute jaoks soodsatele meetmetele mis tahes liiki valikumenetluses.

53. Muidugi ei saa selles suhtes kehtida ammendavat liigitust. Elu on selleks liiga mitmekesine. Rusikareegliks soovitan siiski *järjepidevust raskusastmete suhtes*.

54. Spektri ühes servas on *väikesed* rikkumised. Need ei tohiks ise mõjutada valikumenetluse tulemust ega mingil juhul edukatele kandidaatidele sobivaid otsuseid. Selle liigi näiteks oleksid valikumenetluse vormistusvead, nagu vormiviga või muu menetlusviga, mis otsuse sisu oluliselt ei muuda.

55. Spektri teises servas on *tõsised* rikkumised, mis on huvide tasakaalu seisukohast seoses „huviga“ õiguspärasuse vastu kindlasti kaalukamad, võrreldes muu hulgas kolmandate isikute huvidega. Mõeldavad on vähemalt kolme eri liiki tõsised rikkumised: pettus ja korruptsioon; liidu põhiväärtuste riive; või valikumenetlusega seotud eeskirjade järjepidev eiramine.

56. Esiteks on tõendatud *pettuse* või *korruptsiooni* juhtumid valikumenetlustes piisavalt tõsised, et oleks põhjendatud kogu valikumenetluse tühistamine. Seega tuleks tühistada ka kolmandate isikute jaoks soodsad otsused. Vaevalt saab kolmandate isikute õiguspärane ootus, kui see esineb, sellise äärmusliku asjade käigu korral olla oluline selleks, et päästa meede, mida võttes on toime pandud sedalaadi jäme rikkumine. Algse metafoori juurde tagasi tulles: selle puu tüvi enam ei parane.

23 Vt nt 5. mai 2010. aasta kohtuotsus Bouillez jt *vs.* nõukogu (F-53/08, EU:F:2010:37, punktid 83–85 ja seal viidatud kohtupraktika) ning 23. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus Strack *vs.* komisjon (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punktid 117–118).

57. Teiseks võib tõsiseks rikkumiseks pidada ka *ELi põhiväärtuste riivet*. See esineks näiteks juhul, kui valikumenetluses diskrimineeritaks kandidaate Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklis 21 nimetatud alustel. Nagu pettust, saab ka sellist jämedalt ebavõrdset kohtlemist pidada niisuguseks, mis muudab õigusvastaseks kogu valikumenetluse, sealhulgas kõik selle tulemused.[24]

58. Kolmandaks võib eriliigina esineda „korduvaid rikkumisi“. Kui liidu institutsioon või organ ei korralda õiguspärast valikumenetlust hoolimata kohtu varasematest otsustest, mis käsitlevad samaliigilist valiku tegemist, võib olla vaja jõulisemaid meetmeid.[25] Samuti võib kohaldatavate eeskirjade *järjepidev eiramine* muuta korduvad väikesed rikkumised tõsiseks rikkumiseks, mille tõttu võib teatavatel asjaoludel – jällegi pärast nõuetekohase tasakaalu leidmist eri huvide vahel – muutuda õigusvastaseks kogu menetlus ja selle edaspidised tulemused.

c) Edukate kandidaatide õiguspärane ootus

59. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on õigus tugineda õiguspärase ootuse kaitse põhimõttele igal õigussubjektil, kelles Euroopa Liidu institutsioon on konkreetseid kinnitusi andes tekitanud põhjendatud lootusi. Selliseks kinnituseks peab olema mis tahes vormis edastatud täpne, tingimusteta ja kooskõlaline teave.[26]

60. Ühe või teise valikumenetluse faktiline raamistik, eeskätt menetluse liik, ulatus ja selles toime pandud õigusvastase teo laad määravad, kas kolmandatel isikutel saab või ei saa olla õiguspäraseid ootusi selle menetluse tulemuste suhtes. Seega, kui isikul on teadmine võimalikust rikkumisest ja õiguspärane ootus, on nende vahel *pöördvõrdeline suhe*: mida suurem on teadmine, seda väiksem või isegi olematu on õiguspärane ootus. Selle teadmise hindamisel tuleb lähtuda mõistlikult informeeritud kandidaadi kriteeriumist:[27] kas see kandidaat teadis või oleks pidanud mõistlikult teadma, et see otsus oli vigane?

61. Esiteks teab väliskandidaat „insaideriga“ võrreldes vähem tõenäoliselt kõiki valikumenetluse suhtes kohaldatavaid eeskirju ja seega ka võimaliku rikkumise esinemisest.[28] Sellisel kandidaadil saab seega olla tugevam õiguspärane ootus, et otsus, millest tekkis talle õigusi, jääb õigusvastasusest hoolimata kehtima.

24 See loomulikult ei välista ka muude valikumenetluses toime pandud ebavõrdse kohtlemise juhtude asjakohasust ja nõuetekohast arvessevõtmist. Siinkohal osutan millelegi palju tagasihoidlikumale: valikumenetlus, milles esineb rikkumine mingisugune tehnilise ebavõrdsuse tõttu kandidaatide vahel, erineb märkimisväärselt valikumenetlustest, mis on nt kaudselt või otseselt rassistlikud või seksistlikud. Näiteks vt 13. veebruari 1979. aasta kohtuotsus Martin *vs.* komisjon (24/78, EU:C:1979:37, punkt 21), kus Euroopa Kohus läks nii kaugele, et tühistas otsuse nimetada ametisse kandidaat, kellele oli antud eelis katse sisu osas.

25 Vt kohtujurist Sharpstoni hiljutine ettepanek kohtuasjas Hispaania *vs.* parlament (C-377/16, EU:C:2018:610, punktid 156–164) ja minu hiljutine ettepanek kohtuasjas komisjon *vs.* Itaalia (C-621/16 P, EU:C:2018:611, punktid 153–157).

26 Vt nt 16. detsembri 2010. aasta kohtuotsus Kahla Thüringen Porzellan *vs.* komisjon (C-537/08 P, EU:C:2010:769, punkt 63 ja seal viidatud kohtupraktika); 19. juuli 2016. aasta kohtuotsus Kotnik jt (C-526/14, EU:C:2016:570, punkt 62) ja 13. septembri 2017. aasta kohtuotsus Pappalardo jt *vs.* komisjon (C-350/16 P, EU:C:2017:672, punkt 39). Vt samuti 19. mai 1983. aasta kohtuotsus Mavridis *vs.* parlament (289/81, EU:C:1983:142, punkt 21).

27 Muidugi erineb selle kriteeriumi sõnastus eri õigusvaldkondades (ja ka seoses küsimusega, kas asjaomased ettevõtjad tegutsevad oma kutsealal) – õiguspäraste ootuste kohta nt käibemaksu kontekstis vt „ettenägeliku ja mõistliku ettevõtja“ (mõistlikult ettenägeliku ettevõtja) kriteerium 14. septembri 2006. aasta kohtuotsuses Elmeka (C-181/04–C-183/04, EU:C:2006:563, punkt 32) ja 9. juuli 2015. aasta kohtuotsuses Cabinet Medical Veterinar Tomoiagă Andrei (C-144/14, EU:C:2015:452, punkt 44). Riigiabi kontekstis on tegu hoopis „hoolsa ettevõtja“ kriteeriumiga: nt 20. septembri 1990. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Saksamaa (C-5/89, EU:C:1990:320, punkt 14) ja 11. novembri 2004. aasta kohtuotsus Demesa ja Territorio Histórico de Álava *vs.* komisjon (C-183/02 P ja C-187/02 P, EU:C:2004:701, punkt 44).

28 Käesoleva ettepaneku punkt 49.

62. Teiseks, mida tõsisem on rikkumine, seda tõenäolisem on, et mõistlikult informeeritud kandidaat sellest teadis või pidi teadma.[29] Kindlasti ei tähenda õigusvastase teo tõsidus ise seda, et kandidaadid pidid sellest õigusvastasest teost teadma. Ent kui vaidlusalune rikkumine ei saanud mõistlikult kandidaadi tähelepanu alt välja jääda,[30] näivad eduka kandidaadi ootused vähem õiguspärased või isegi olematud. *A fortiori*, kui edukas kandidaat on ilmutanud pahausksust või ise rikkumisele kaasa aidanud, ei saa tal kindlasti olla *mingit* õiguspärast ootust, et temale soodne (õigusvastane) otsus kehtima jääb.[31]

63. Kolmandaks on teadmine, mis võib edukatel kandidaatidel olla pooleli olevast kohtumenetlusest, kus on vaidlustatud teatavad valikumenetluse aktid, sealhulgas nendele kandidaatidele soodsad, ELi kohtute sõnul oluline ka käesolevas kontekstis. Sedalaadi teadmised võivad takistada neid kandidaate tuginemast õiguspärasele ootusele, et nende soodne olukord jääb samaks, kuna need aktid vaidlustati ettenähtud tähtaegade jooksul. Muu hulgas ei saanud ametisse nimetatud edukatel kandidaatidel olla teadmata, et nad on lõplikult ametikohale nimetatud alles siis, kui kohus on otsustanud teiste kandidaatide esitatud tühistamishagid rahuldamata jätta.[32]

64. Kui konkreetsel juhul on faktiliste asjaolude põhjal tõendatud, et selline teadmine tõepoolest oli, tuleb seda arvesse võtta. Hoiataksin siiski sellise teadmise olemasolu eeldamise eest. Praktikas ei pruugi olla kohe selge, kuidas edukad kandidaadid – jällegi suurematel ja avalikel konkurssidel – saaksid tegelikult teada pooleli olevast kohtuasjast, kui nad selles kohtumenetluses ei osale ja kui asjaomane ELi institutsioon või organ talle sellest kohtuasjast ei teata. Üks asi on lihtsalt olla kuulnud koridorides kuulujutte, et menetletakse tühistamishagi. Teine asi on olla teavitatud, et selline kohtuasi on pooleli ja et sellel võib olla tagasilööke ka edukatele kandidaatidele.

65. Kindlasti ei pea edukad kandidaadid lihtsalt abitult taluma neid puudutavate otsuste võimaliku tühistamise (saatuslikke) tagajärgi, eriti kui kohus otsustas tühistamise tegelikult aastaid pärast hagi esitamist.[33]Seega, isegi kui kohtusse on pöördutud tähtajal, võib siiski jääda alles õiguspärane ootus, välja arvatud juhul, kui ja kuni tõendatakse, et asjaomased kandidaadid teadsid kõnealuse valikumenetlusega seoses tekkinud probleemidest.

66. Kokkuvõttes tuleb leida konkreetse juhtumi faktiliste asjaolude põhjal tasakaal kõikide nende tegurite ja kaalutluste vahel. Käesolev jagu manitseb selle eest, et teatavas mõttes mehaaniliselt ei kohaldataks üsna kategoorilisi arusaamu, nagu „institutsiooni toime pandud õigusvastasest teost ei saa iial tekkida õiguspärast ootust“ ja/või „kuna otsus vaidlustati õigel ajal, ei saanud kellelgi mingit õiguspärast ootust olla“. Vaevalt saab selliseid arusaamu, mida sageli kasutatakse korrektselt niisugustes õiguse valdkondades, kus käib kutseline majandustegevus, täielikult üle võtta lihtsalt teistsugusesse õiguse valdkonda. Selle asemel võib olla vaja pisut empaatiat ja realistlikkust, võttes arvesse ka tohutut institutsioonide ja nende potentsiaalsete töötajate vahelist teabe ja võimu asümmeetriat, mis nendes valdkondades alati esineb, jällegi eeskätt avalike konkursside korral. See ei vabanda kuidagi välja ega kompenseeri õigusvastaseid tegusid, mida institutsioonid võivad olla toime pannud. Pigem oli soov osutada, et kui ei esine erandlikku faktiliste asjaolude kogumit, saab edukaid kandidaate vaevalt pidada koos administratsiooniga vastutavaks rikkumise eest.

29 Käesoleva ettepaneku punktid 53–58.

30 Vt nt 20. märtsi 1997. aasta kohtuotsus Alcan Deutschland (C-24/95, EU:C:1997:163, punkt 25), kus Euroopa Kohus märkis, et riigiabi saajal ei saa olla õiguspärast ootust, et abi on seaduslik, kui sellest ei ole komisjonile teatatud, ning seega oli teatamata jätmine võrreldav jämeda rikkumisega riigiabi küsimustes.

31 Vt riigiabi kontekstis analoogia alusel 12. detsembri 1985. aasta kohtuotsus Sideradria *vs.* komisjon (67/84, EU:C:1985:506, punkt 21), mis käsitles selget reeglite rikkumist ettevõtja poolt, ja 16. juuli 1998. aasta kohtuotsus Oelmühle ja Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, punkt 29), mis käsitles heausksuse nõuet ettevõtja suhtes, kes ei nõustunud talle antud õigusvastast riigiabi tagasi maksma.

32 Vt nt 5. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Spadafora *vs.* komisjon (T-250/16 P, ei avaldata, EU:T:2017:866, punkt 112). Vt ka Avaliku Teenistuse Kohtu 23. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus Strack *vs.* komisjon (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punkt 123) ja 5. mai 2010. aasta kohtuotsus Bouillez jt *vs.* komisjon (F-53/08, EU:F:2010:37, punkt 88).

33 23. oktoobri 2012. aasta kohtuotsuses Strack *vs.* komisjon (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punkt 123) oli vaidlustatud otsuste tegemisest möödunud kaheksa aastat. Siiski otsustas Avaliku Teenistuse Kohus, et edukad kandidaadid ei saa tugineda õiguspärasele ootusele, sest need otsused olid tähtajal vaidlustatud.

3. Õiguskaitsevahendid

67. ELTL artikli 270 eesmärk on taastada (edutute) kandidaatide õigused, kui on toime pandud õigusvastane tegu. ELi kohtute sõnul kaasneb edutute kandidaatide õiguste taastamisega see, et administratsioon leiab juhtumile „õiglase lahenduse“.[34] Niisugune õiglane lahendus võib ulatuda edutuid kandidaate puudutavate otsuste tühistamisest[35] kuni menetluse taasavamiseni kandidaadi jaoks, kelle õigusi on riivatud[36]. Samuti on selles kontekstis järjepidevalt märgitud, et kahjuhüvitis, mida võib välja mõista *ex officio*,[37] kujutab endast nii kandidaadi huvidele kui ka teenistuse nõuetele kõige paremini vastavat hüvitusvormi[38].

68. Mis puudutab *kolmandatele isikutele soodsaid meetmeid* konkreetselt, nagu reservnimekirjad või töölevõtmine, näib selliste otsuste – iseenesestki mõista tagasiulatuvalt – tühistamine põhjendatult olevat viimane abinõu juhul, kui riivet kannatanud kandidaatide õiguste ennistamiseks ei ole ilmselt võimalik kasutada ühtegi muud sobivat õiguskaitsevahendit.[39]

69. Nagu kohtujurist Van Gerven küsimuse sisu kohtuasjas Albani tõesti lühidalt kokku võttis, on sellistel juhtudel vaja „jõuda lahendusele, milles leitakse tasakaal konkursi käigus toime pandud rikkumise tõttu ebasoodsamasse olukorda sattunud kandidaatide ja teiste kandidaatide huvide vahel. See vajadus käsitleda hoolikalt asjasse puutuvaid eri huve on hea haldusega ning käesoleval juhul ka hea kohtupidamisega seotud üldpõhimõte, mida kinnitab ühenduse õigus. Selle põhimõtte kohaselt ei pea kohus mitte üksnes tegema jõupingutusi õigusselguse huvides, vaid ka võtma arvesse juba välja valitud ja/või ametisse nimetatud kandidaatide õiguspäraseid ootusi. See tähendab, et käesolevas asjas peab Euroopa Kohus töölevõtmise menetluses toime pandud rikkumisele lahendust otsides kaaluma kahte liiki kahju: seda, mis on riivet kannatanud kandidaatidele tekkinud ja mis tuleb õiglaselt heastada, ning kahju, mis võib tekkida selliseks heastamiseks ette nähtavate meetmete tagajärjel teistele kandidaatidele“.[40]

70. Vahest väärib lisamist, et seejärel tehtud kohtuotsuses tühistas Euroopa Kohus Üldkohtu otsuse, millega ei olnud reservnimekirja tühistades piiratud tagajärgi, mis oleksid võinud valikumenetluse edaspidiste aktide tühistamisest tekkida nelja algse kandidaadi õiguste ennistamise suhtes.[41]

71. *Prima facie* võib tõepoolest väita, et edutute kandidaatide õiguste ennistamisega kaasneb alati edukaid kandidaate puudutavate otsuste tühistamine, välja arvatud juhul, kui kogu valikumenetlus uuesti läbi viiakse, mis on üsna haruldane ja milleks Euroopa Kohus niikuinii kohustada ei saa. Alternatiivsete õiguskaitsevahenditena näivad kahjuhüvitised või võimaluse korral valikumenetluse uuesti läbiviimine riivet kannatanud kandidaatide suhtes tõesti olevat kõige sobivamad õiguskaitsevahendid selles menetluses (varem) toime pandud õigusvastase teo karistamiseks ilma edukate kandidaatide õiguspäraseid ootusi riivamata.

34 Vt nt 31. märtsi 2004. aasta kohtuotsus Girardot *vs.* komisjon (T-10/02, EU:T:2004:94, punkt 89).

35 Vt nt 28. juuni 1979. aasta kohtuotsus Anselme ja Constant *vs.* komisjon (255/78, EU:C:1979:175, punkt 15).

36 Vt nt 22. juuni 1990. aasta kohtuotsus Marcopoulos *vs.* Euroopa Kohus (T-32/89 ja T-39/89, EU:T:1990:39, punkt 44) ja 21. märtsi 2013. aasta kohtuotsus Brune *vs.* komisjon (F-94/11, EU:F:2013:41, punkt 65).

37 Vt nt 31. märtsi 2004. aasta kohtuotsus Girardot *vs.* komisjon (T-10/02, EU:T:2004:94, punkt 89).

38 Vt nt 5. juuni 1980. aasta kohtuotsus Oberthür *vs.* komisjon (24/79, EU:C:1980:145, punkt 14) ja 1. juuni 1995. aasta kohtuotsus Coussios *vs.* komisjon (C-119/94 P, EU:C:1995:164, punkt 24).

39 Vt tõepoolest harvasid näiteid kandidaatide ametisse nimetamise otsuste tühistamisest 13. veebruari 1979. aasta kohtuotsuses Martin *vs.* komisjon (24/78, EU:C:1979:37, punkt 21) ja 23. oktoobri 2012. aasta kohtuotsuses Strack *vs.* komisjon (F-44/05 RENV, EU:F:2012:144, punktid 123–126).

40 Kohtujurist Van Gerveni ettepanek kohtuasjas komisjon *vs.* Albani jt (C-242/90 P, EU:C:1993:108, punkt 10).

41 6. juuli 1993. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Albani jt (C-242/90 P, EU:C:1993:284, punkt 17).

72. Jällegi, nagu eespool märgitud,[42] ei peaks kolmandad isikud põhimõtteliselt kandma niisuguse varem toime pandud õigusvastase teo tagajärgi, millest nad ei olnud teadlikud ega saanudki teadlikud olla. Need isikud ei pruugi teada rikkumistest ega pooleli olevatest kohtumenetlustest, mis on algatatud seoses valikumenetlusega, ja nad ei saa seega end kaitsta. See asjaolu, mille üle on varem arutletud seoses niisuguste isikute teadmiste ja nendele vastavate õiguspäraste ootustega, omandab õiguskaitsevahendite kontekstis uue mõõtme. Ei ole tõenäoline, et edukad kandidaadid sellises kohtuasjas osalevad ja on selle tulemustest ikkagi oluliselt mõjutatud. Varem või hiljem tekib kaitseõiguste küsimus.

C. Kohaldamine käesolevas asjas

73. Vaidlustatud kohtuotsuses on Üldkohus tühistanud kolme liiki otsuseid, mis olid seotud valikumenetluse tulemustega: i) otsus jätta Y. Galocha reservnimekirja kandmata (edaspidi „tagasilükkav otsus“); ii) otsus koostada reservnimekirjad (edaspidi „reservnimekirjad“); iii) töölevõtmise otsused reservnimekirja kantud kandidaatide ametisse nimetamise kohta (edaspidi „töölevõtmise otsused“).

74. Käesolevas apellatsioonkaebuses on apellant vaidlustanud vaidlustatud kohtuotsuse ainult selles osas, mis puudutab reservnimekirju (ii) ja töölevõtmise otsuseid (iii). Seda, et Üldkohus tühistas konkreetse tagasilükkava otsuse Y. Galocha kohta (nimelt otsuse jätta tema nimi reservnimekirjadesse kandmata), ei ole vaidlustatud. Samuti ei ole apellant vaidlustanud peamist, varasemat rikkumist, mis oli põhjustatud sellest, et valikumenetluses ei olnud kirjalikku katset.

75. Seega on käesoleva apellatsioonkaebuse ese seotud üksnes nende järeldustega, mida Üldkohus tuletas sellest rikkumisest niivõrd, kui asi puudutab *kolmandaid isikuid*, nimelt otsustega ii) ja iii). Enda otsust nende kahe tühistamismeetme osas põhjendades märkis Üldkohus:

„68. Käesoleva kohtuasja asjaoludel ei saa kandidaadid, kelle nimed olid reservnimekirja kantud, sh [F4E]lt tööpakkumise saanud kandidaadid, tugineda õiguspärasele ootusele. Nimelt oli vaba ametikoha teadaandes ette nähtud, et toimub ka kirjalik katse. Reservnimekirjad koostati ja tööpakkumised saadeti aga ilma, et kandidaatidele oleks kirjalikku katset korraldatud.

69. Arvestades õigusnormide rikkumise laadi, ei saa ka asuda seisukohale, et reservnimekirjade ja nende otsuste tühistamine, millega edukaks osutunud kandidaadid reservnimekirjadesse kanti, oleks teenistuse huve arvestades ülemäärane. Esiteks mõjutas õigusnormide rikkumine kõigi kandidaatide hindamist ja seda ei saa seega korvata, võttes meetmeid üksnes hageja suhtes. Teiseks on kõnealune valikumenetlus üksnes väga piiratud ulatusega.“[43]

76. Apellandi sõnul rakendas Üldkohus, kui ta laiendas vaidlusaluse rikkumise tagajärjed edukatele kandidaatidele – olgu reservnimekirjade või ametisse nimetamise tasandil –, kolmandate isikute suhtes ülemäärast sanktsiooni.

77. Eespool kirjeldatud kaalutlusi käesolevas apellatsiooniasjas rakendades nõustun apellandiga selles osas, mis puudutab ametisse nimetamise otsuste tühistamist (iii), kuid mitte tingimata reservnimekirjade (ii) osas.

42 Käesoleva ettepaneku punktid 59–66.

43 Vaidlustatud kohtuotsuse punktid 68 ja 69.

78. Esiteks, kui vaadata vaidlusaluse valikumenetluse liiki, näib olevat olnud tegu avaliku konkursiga. Teiseks on valikumenetluses toime pandud rikkumise osas üsna selge, et kandideerimisjuhistes mainitud kirjaliku katse korraldamata jätmine kujutab endast administratsiooni õigusvastast tegu. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt „kujutab vaba ametikoha teade endast õiguslikku raamistikku, mille ametisse nimetav asutus ise on endale kohustuseks pannud ja mida ta peab seetõttu täpipealt järgima“.[44] Seega, kuna vaba ametikoha teates oli viidatud kandideerimisjuhistele, oleks pidanud apellant korraldama kirjaliku katse.

79. Oleks siiski üsna üllatav liigitada see viga tõsiseks ja jämedaks. Üldkohus märkis, et kirjaliku katse korraldamata jäämine mõjutas kõiki valikumenetluses osalenuid võrdselt.[45] Seepärast eeldaks järeldus, et tegu oli tõsise, sisulise rikkumisega, millest tekkis ebavõrdne kohtlemine, täiendavat põhjendust. Nii näib, et kirjaliku katse toimumata jäämine oli põhjustatud pigem administratsiooni hooletusest, mille tõttu ei ajakohastatud valikumenetluse suhtes olulisi dokumente, nagu kandideerimisjuhised ja kandidaatidele saadetavate kirjade mallid.[46]

80. Kolmandaks võib selles osas, mis puudutab edukate kandidaatide tegelikku või potentsiaalset teadlikkust apellandi poolt toime pandud rikkumisest, eeldada, et kandidaadid oleksid pidanud teadma, et valikumenetlus koosneb nii suulisest kui ka kirjalikust katsest, kuna nii oli kandideerimisjuhistes märgitud. See aga, kas kirjaliku katse puudumine oleks pidanud edukaid kandidaate tingimata üllatama, kui nad valikumenetluse tulemused kätte said, on arutamist vajav küsimus. Vastus oleneb sellest, kuidas võis mõistlikult informeeritud kandidaat käsitada kandideerimisjuhiste punkti 5 alapunkti 1 kuuendat lõiku, kus oli märgitud, et kvalifitseerunud kandidaadid võidakse kutsuda suulisele ja kirjalikule katsele *samal päeval* või mitmel järjestikusel päeval *olenevalt kandidaatide arvust*.

81. Kas sellises faktiliste asjaolude kontekstis oleks kandidaatidel tõepoolest olnud ebamõistlik – ka arvestades asjaolu, et nendele saadetud kutses suulisele katsele ei olnud kirjalikule katsele viidatud – arvata, et administratsioon võis suulise katse kirjalikuga ühte liita? Või et ta on otsustanud kirjaliku katse kui menetluse osa ära jätta, eeldatavasti põhjusel, et administratsiooni jaoks piisas suulisest katsest selleks, et hinnata kandidaatide sobivust tähtajalisele lepingulisele tööle, ning vahest ka põhjusel, et kandidaate ei olnud kuigi palju?

82. Nendel põhjustel ei näe ma erinevalt Üldkohtust, miks ei saanud edukad kandidaadid tugineda õiguspärasele ootusele, et nende suhtes soodsate otsuste tagajärjed jäävad alles, ehkki kirjalik katse jäi (õigusvastaselt) korraldamata.

83. Soovin lisada, et pidades silmas neid kaalutlusi ja tasakaalustamist, mis tuleb samalaadsetel juhtudel läbi viia, ei ole ma kindel, et saaksin nõustuda Üldkohtu teise argumendiga, et valikumenetlus oli „üksnes väga piiratud ulatusega“. Olen nõus, et konkursi suurus ulatuse mõttes ja laad on võimalikul teadmiste hindamisel ja sellega kaasnevate õiguspäraste ootuste tekkimisel olulised.[47] Ent siiski ei ole ma nõus, kui selle argumendi eesmärk on mõista anda, et õiguspärane ootus on „väiksema väärtusega“ ja kaalub tasakaalustamisel vähem, kui sellest saavad kasu vaid kaks isikut, mitte 200. Väärtuste tasakaalustamine, mis tuleb läbi viia, puudutab ootuste kvaliteeti ja seda, kas need väärivad kaitset. Tegu ei ole rahvaloendusega.

44 Vt nt 18. märtsi 1993. aasta kohtuotsus parlament *vs.* Frederiksen (C-35/92 P, EU:C:1993:104, punkt 16); 9. novembri 2004. aasta kohtuotsus Montalto *vs.* nõukogu (T-116/03, EU:T:2004:325, punkt 54) ja 25. septembri 2008. aasta kohtuotsus Strack *vs.* komisjon (F-44/05, EU:F:2008:123, punkt 155).

45 Vaidlustatud kohtuotsus, punkt 56.

46 Juhtumi faktilistest asjaoludest, nagu Üldkohus on neid kirjeldanud, nähtub, et kandidaatidele esitatud kutses suulisele katsele ei viidatud kirjaliku katse olemasolule, samas kui kirjas, milles teatati kandidaatidele (vähemalt Y. Galochale) valikumenetluse tulemustest, oli mainitud nii suulist kui ka kirjalikku katset, mille ta otsekui oleks sooritanud (vt vaidlustatud kohtuotsus, punktid 12 ja 15).

47 Käesoleva ettepaneku punktid 48–50 ja 61.

84. Seega, kuna edukate kandidaatide õiguspärane ootus, et valikumenetluse tulemust nende osas ei muudeta, ei ole iseenesest välistatud, tuleb edasisel tasakaalustamisel kaaluda nende ootusi võrreldes teiste huvidega – pidades silmas, millist õiguskaitsevahendit täpselt kasutada soovitakse. Minu arvates on selle tasakaalustamise tulemused reservnimekirjade (ii) ja töölevõtmise otsuste (iii) osas erinevad.

85. Ühest küljest, mis puudutab *reservnimekirju* (ii), ei ole tulemus, millele Üldkohus jõudis, vahest ainus võimalik, kuid jääb mõeldavuse piiresse.

86. Esiteks on reservnimekirjadesse kantud kandidaatidel nõrgem õiguspärane ootus võrreldes nendega, kes on välja valitud ametisse nimetamiseks. Üldkohus on selle kohta märkinud, et „[a]vatud konkursi edukalt läbinud isikute kandmine sobivate kandidaatide loetellu, mis koostatakse valikuprotseduuri tulemuste alusel, ei too asjast huvitatud isikutele kaasa muud kasu kui lihtsalt võimaluse saada nimetatud katseajal olevaks ametnikuks“.[48] Viidatud kohtuotsuse kohaselt ei ole reservnimekirjadesse kantud kandidaatidel õigust ametisse nimetamisele, isegi kui käesoleval juhul oli reservnimekiri ette nähtud lühiajaliste lepingute tarvis. Neil on ainult õiguspärane ootus, et nende tööle võtmist vaba ametikoha tekkides nõuetekohaselt kaalutakse.

87. Teiseks on reservnimekirja tühistamine oma praktiliste tagajärgede poolest sisuliselt edasiulatuvat laadi, ehkki õiguslike tagajärgede poolest tagasiulatuv. Ühest küljest peab administratsioon valikumenetluse uuesti läbi viima ja uue reservnimekirja koostama, kui ta jätkuvalt soovib vaba ametikohta täita. Ent see on hind, mida tuleb maksta konkursimenetluses toime pandud rikkumise eest, mida ei ole võimalik teisiti heastada. Vaevalt saavad teenistuse huvid seega olla paikapidav argument reservnimekirjade tühistamise vastu. Teisest küljest on need edukad kandidaadid, kes valiti reservnimekirjast välja ja nimetati ametisse enne nende nimesid sisaldava reservnimekirja võimalikku tühistamist, kaitstud individuaalselt, kuid teistsugusel alusel: neil pole juba mitte ainult õiguspärast ootust, vaid nad on ka omandanud õiguse ametisse nimetamisele.

88. Kolmandaks jõuavad (edutu) kandidaadi huvid seda arvestades tulevikku puudutavalt samasugusele tasemele nagu nende edukate kandidaatide omad, kes on jätkuvalt reservnimekirjas, kuid keda ei ole sellest nimekirjast välja valitud. Nad võivad tõepoolest eeldada, et administratsioon viib menetluse uuesti läbi täielikus kooskõlas seadusega, nii et neil võib nüüd olla võimalus olla välja valitud. Ent sama võimalus on tulevikku puudutavalt samamoodi olemas ka nendel kandidaatidel, kes olid kantud – nüüdseks tühistatud – nimekirja. Lihtsalt väljendudes: kaardid jagatakse uuesti välja ja mängitakse uus partii, milles võib taas osaleda igaüks.

89. Nendel lisapõhjustel ei ole Üldkohtu otsus reservnimekirjad tühistada käesoleva kohtuasja asjaoludel ülemäärane sanktsioon proportsionaalsuse põhimõtte rikkumise eest.

90. Teisest küljest on olukord minu arvates teistsugune selles osas, mis puudutab *töölevõtmise otsuseid* (iii). Nende otsuste tühistamine kujutab endast ülemäärast sanktsiooni vähemalt kolmel põhjusel.

91. Esiteks on üsna selge, et ametisse nimetatud isikutele pole mitte ainult tekkinud õiguspärast ootust, vaid nad on liikunud õiguskindluse skaalal tublisti edasi: nad on omandanud õigused allakirjutatud ja siduvate (tähtajaliste) lepingute kujul. Sellistel õigustel, mis loomulikult märkimisväärselt mõjutasid ka isiklikku elu, on tasakaalustamisel mõistagi suurem kaal.

92. Teiseks lisandub nendele (tõepoolest) kaalukatele subjektiivsetele õigustele ilmne faktiline asjaolu, nagu apellant on asjakohaselt osutanud, et ei ole täiesti selge, kuidas täpselt teeniks töölevõtmise otsuste tühistamine kaebaja huve valikumenetluses. Kuna tegu on tähtajaliste töötajate ametikohtadega ja see tähtaeg on juba möödunud, ei saa kaebaja eeldada, et ta sellisele ametikohale saab. Vaevalt saab

48 Vt nt 11. juuli 2007. aasta kohtuotsus Centeno Mediavilla jt *vs.* komisjon (T-58/05, EU:T:2007:218, punkt 52). Vt ka Avaliku Teenistuse Kohtu 13. septembri 2011. aasta kohtuotsus AA *vs.* komisjon (F-101/09, EU:F:2011:133, punkt 44).

niisugune tühistamine riivet kannatanud kandidaadi õiguste taastamisele kaasa aidata. Samal ajal oli F4E õigusvastane tegu oma olemuse poolest vaevalt nii tõsine, et vajadus taastada objektiivne õiguspärasus (või olenevalt vaatenurgast vajadus administratsiooni selle eest „karistada“) peaks üles kaaluma kõik muud kaalutlused.

93. Kolmandaks – kõrvalmärkusena, ehkki see on siiski asjakohane – kaasneks töölevõtmise (ja tähtajalise lepingu) õigusliku aluse tagasiulatuva kaotamisega küsitavaid praktilisi tagajärgi nii tööle võetud kandidaatidele kui ka administratsioonile. Kuna tühistamisel on tagasiulatuvaid tagajärgi, tuleb kõik järgnenud tööle võetud kandidaate puudutavad meetmed kehtetuks lugeda. Mis saaks siis töötasudest, sotsiaalkindlustusmaksetest, maksudest, aga ka võimalikest otsustest/haldusaktidest, mida need tööle võetud kandidaadid F4E lepingulises teenistuses olles vastu võtsid? Näiteks kas nende töötasu osas peetakse kõiki makseid, mida asutus neile on teinud, alusetuks rikastumiseks (ilma kehtiva õigusliku aluseta saadud makseteks)? Kas juhul, kui kõike seda kokkuleppel ja vaikselt ei lahendata, peaks iga eraõiguslik isik teise kohtusse kaebama?

94. Seepärast näib olevat selge, et selles osas, mis puudutab käesoleval juhul tehtud töölevõtmise otsuseid, ei saa „huvi“ õiguspärasuse vastu ja kaebaja huvid niisuguses valikumenetluses üles kaaluda tööle võetud kandidaatide omi. Järelikult oli töölevõtmise otsuste tühistamine Üldkohtus ülemäärane sanktsioon. Seega tuleb vaidlustatud kohtuotsus resolutsiooni kolmanda punkti osas tühistada.

95. Asjakohased on veel kaks kokkuvõtvat märkust.

96. Esiteks tuleb toonitada, et niisugune tasakaalustamine oleneb selles osas, mis puudutab asjakohaseid õiguskaitsevahendeid, alati juhtumist. Käesoleval juhul ei ole mingeid tõendeid selle kohta, et administratsiooni viga oli tahtlik või korduv. Samuti võiks juhul, kui tuvastataks administratsiooni poolne pahausksus, olla asjakohane ka teistsugune tulemus seoses töölevõtmise otsuseid puudutavate huvide tasakaaluga. See võiks hõlmata näiteks olukorda, kus administratsioon tahtlikult kiirustab kandidaate reservnimekirjadest ametisse nimetama, enne kui kohtulik kontroll isegi toimuda saaks, teades, et neid ametisse nimetamisi ei saaks kunagi puudutada. Mis tahes niisugune hüpoteetiline stsenaarium võiks kindlasti kallutada huvide tasakaalu teisele poole. Ent käesolevas asjas ei viita miski sellisele olukorrale.

97. Teiseks on kandidaadil niisuguses olukorras, kus tal *on* õiguspärane ootus, õigus nõuda hüvitist, kui ta seda soovib. Ta saab seda teha isegi juhul, kui huvide tasakaalustamise tulemusel tühistatakse reservnimekirjad, nagu käesolevas kohtuasjas.[49]

D. Kohtukulud

98. Vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 138 lõikele 1 on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Artikli 138 lõike 3 kohaselt jäävad kummagi poole kohtukulud tema enda kanda, kui osa nõudeid rahuldatakse ühe poole, osa teise poole kasuks.

99. Käesolevas asjas on apellant olnud kodukorra artikli 138 lõike 1 tähenduses edukas vaid osaliselt. Seetõttu kannab apellant kodukorra artikli 138 lõike 3 kohaselt oma kohtukulud ise.

49 Vt nt selle kohta seoses tööle saamise võimaluse kaotamisega 21. veebruari 2008. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Girardot (C-348/06 P, EU:C:2008:107, punkt 55).

IV. Ettepanek

100. Eespool kirjeldatud kaalutlustel teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

– tühistada Üldkohtu 25. jaanuari 2018. aasta otsus Galocha *vs*. tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa ühisettevõte (T-561/16, EU:T:2018:29) selles osas, milles sellega tühistati ITERi ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa ühisettevõtte otsused nimetada ametisse edukad kandidaadid valikumenetluse F4E/CA/ST/FGIV/2015/001 reservnimekirjadest;

– jätta ITERi ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa ühisettevõtte kohtukulud tema enda kanda.