ARREST VAN HET GERECHT VOOR AMBTENARENZAKEN VAN DE EUROPESE UNIE (Tweede kamer)

14 oktober 2010 *

„Ambtenarenrecht — Arbeidscontractanten — Bezoldiging — Gezinstoelagen — Paar van hetzelfde geslacht — Kostwinnerstoelage — Voorwaarde voor toekenning — Toegang tot burgerlijk huwelijk — Begrip — Artikel 1, lid 2, sub c-iv, van bijlage VII bij Statuut”

In zaak F-86/09,

betreffende een beroep krachtens artikel 236 EG en artikel 152 EA,

W, arbeidscontractant van de Europese Commissie, wonende te Brussel (België), vertegenwoordigd door É. Boigelot, advocaat,

verzoeker,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Currall en D. Martin als gemachtigden,

verweerster,

wijst

HET GERECHT VOOR AMBTENARENZAKEN (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: H. Tagaras (rapporteur), kamerpresident, S. Van Raepenbusch en M. I. Rofes i Pujol, rechters,

griffier: R. Schiano, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 april 2010,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, binnengekomen ter griffie van het Gerecht op 21 oktober 2009 per telefaxbericht (de neerlegging van het origineel heeft op de daaraanvolgende dag plaatsgevonden), vordert W nietigverklaring van de besluiten van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 5 maart 2009 en 17 juli 2009, waarbij hem betaling wordt geweigerd van de kostwinnerstoelage bedoeld in artikel 1 van bijlage VII bij het Statuut van de ambtenaren van de Europese Unie (hierna: „Statuut”).

* Procestaal: Frans.

Toepasselijke bepalingen

2 Artikel 13, lid 1, EG bepaalt:

„Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden."

3 Artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest van de grondrechten"), met als opschrift „Non-discriminatie", luidt als volgt:

„Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden."

4 Artikel 7 van het Handvest van de grondrechten, „De eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven", luidt:

„Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie."

5 Artikel 8 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM") bepaalt:

„1. Eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

6 Volgens de artikelen 21 en 92 van de regeling die van toepassing is op de andere personeelsleden van de Europese Unie is artikel 1 van bijlage VII bij het Statuut betreffende de gezinstoelagen van overeenkomstige toepassing op arbeidscontractanten.

7 Artikel 1, lid 2, van bijlage VII bij het Statuut bepaalt:

„De volgende ambtenaren hebben recht op de kostwinnerstoelage:

[...]

c) de ambtenaar die een geregistreerd partnerschap buiten het huwelijk heeft gesloten, op voorwaarde dat

   i) een officieel document wordt overgelegd dat door een lidstaat van de Europese Unie of een bevoegde autoriteit van een lidstaat als zodanig is erkend en waaruit het geregistreerde partnerschap blijkt,

   ii) geen van de partners gehuwd is of een ander partnerschap buiten het huwelijk heeft gesloten,

iii) geen van de volgende verwantschapsbetrekkingen tussen de partners bestaat: ouder en kind, grootouder en kleinkind, broer en zuster, tante of oom en neef of nicht, schoonzoon of schoondochter,

iv) de partners in een lidstaat geen toegang hebben tot het burgerlijk huwelijk; in de zin van dit punt worden partners geacht toegang tot het burgerlijk huwelijk te hebben wanneer zij aan alle voorwaarden voldoen die in de wetgeving van een lidstaat voor het aangaan van een huwelijk zijn vastgesteld;

d) krachtens een bijzonder en gemotiveerd besluit van het tot aanstelling bevoegde gezag, genomen op grond van bewijsstukken, de ambtenaar die, hoewel hij niet voldoet aan de sub a, b en c gestelde voorwaarden, in feite gezinslasten draagt."

8 In de volgende punten van de considerans van verordening (EG, Euratom) nr. 723/2004 van de Raad van 22 maart 2004, waarbij de huidige versie van het Statuut is vastgesteld, staat te lezen:

„(7) Het in het EG-Verdrag verankerde non-discriminatiebeginsel dient te worden nageleefd, hetgeen de verdere ontwikkeling vereist van een personeelsbeleid dat gelijke kansen garandeert voor iedereen, ongeacht geslacht, fysieke vermogens, leeftijd, ras of etnische identiteit, seksuele geaardheid en burgerlijke staat.

(8) Aan ambtenaren die een door een lidstaat als stabiel erkend partnerschap buiten het huwelijk hebben gesloten maar niet voor de wet kunnen trouwen, dienen dezelfde voordelen te worden toegekend als aan gehuwde partners."

9 Artikel 489 van het Wetboek van strafrecht van het Koninkrijk Marokko (hierna: „artikel 489 WvSM") luidt als volgt:

„Behoudens wanneer het strafbare feit een ernstiger delict oplevert, wordt met gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaren en met geldboete van 200 tot 1 000 dirham gestraft hij die ontuchtige of tegennatuurlijke handelingen pleegt met iemand van hetzelfde geslacht."

10 Artikel 46 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht van het Koninkrijk België (hierna: „artikel 46 WIP"), met als opschrift „Recht toepasselijk op de totstandkoming van het huwelijk", bepaalt:

„Onder voorbehoud van artikel 47 [betreffende de vormvereisten voor de voltrekking van het huwelijk] worden de voorwaarden voor de geldigheid van het huwelijk voor elke echtgenoot beheerst door het recht van de Staat waarvan hij bij de voltrekking van het huwelijk de nationaliteit heeft.

Een bepaling van het door het eerste lid toepasselijk verklaard recht, die het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht verbiedt, is niet van toepassing indien een van de personen de nationaliteit bezit van een Staat waarvan het recht een dergelijk huwelijk toestaat of op het grondgebied van een dergelijke Staat zijn gewone verblijfplaats heeft."

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

11 Verzoeker, arbeidscontractant van de Commissie sinds 1 maart 2009, heeft zowel de Belgische als de Marokkaanse nationaliteit.

12 Op 10 oktober 2008 hebben verzoeker en zijn niet-huwelijkse partner van hetzelfde geslacht, die de Spaanse nationaliteit bezit, ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand van de stad Brussel (België) een „verklaring van wettelijke samenwoning" afgelegd. Die verklaring is op dezelfde dag in het Rijksregister ingeschreven.

13 Bij de vaststelling van zijn individuele rechten is verzoeker bij besluit van het Bureau beheer en afwikkeling van individuele rechten (PMO) van 5 maart 2009 de kostwinnerstoelage geweigerd, waarbij mondeling als reden voor die weigering werd meegedeeld dat het paar niet voldeed aan de voorwaarde van artikel 1, lid 2, sub c-iv, van bijlage VII bij het Statuut, nu het in België toegang had tot het burgerlijk huwelijk.

14 Op 9 maart 2009 heeft verzoeker het PMO verzocht om erkenning van zijn wettelijke samenwoning, zodat zijn partner onder het ziektekostenverzekeringsstelsel van de Commissie zou vallen. Bij brief van 6 april 2009 heeft het PMO dit verzoek ingewilligd en verzoeker meegedeeld dat zijn partner, die geen inkomsten uit arbeid heeft, op grond van artikel 72, lid 1, tweede alinea, van het Statuut aanspraak kon maken op de hoofdverzekering van verzoeker.

15 Bij e-mailbericht van 2 april 2009 heeft verzoeker krachtens artikel 90, lid 2, van het Statuut een klacht ingediend tegen het besluit van het PMO van 5 maart 2009, in wezen stellende dat het hem, gezien het feit dat homoseksuele handelingen bij de Marokkaanse wet strafbaar zijn gesteld, wegens zijn Marokkaanse nationaliteit en zijn wettelijke en emotionele banden met Marokko „onmogelijk is om in het huwelijk te treden" met iemand van hetzelfde geslacht.

16 Bij besluit van 17 juli 2009 heeft het tot aanstelling bevoegde gezag (hierna: „TABG") de klacht van verzoeker afgewezen, waarbij het erop heeft gewezen dat de Marokkaanse strafrechtelijke regeling inzake homoseksueel gedrag geen beletsel vormt voor verzoekers huwelijk in België.

Conclusies van partijen en procesverloop

17 Verzoeker concludeert dat het het Gerecht behage:

— het besluit van het PMO van 5 maart 2009 om hem geen kostwinnerstoelage toe te kennen, nietig te verklaren;

— het besluit van het TABG van 17 juli 2009 tot afwijzing van zijn klacht nietig te verklaren;

— verweerster te verwijzen in de kosten.

18 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoeker te verwijzen in de kosten.

19 Bij op 21 oktober 2009 ter griffie binnengekomen brief heeft verzoeker een verzoek om anonimisering ingediend, dat het Gerecht heeft ingewilligd. Dit besluit is partijen bij brief van de griffie van 19 november 2009 betekend.

20 Om het voldingen van de zaak en het procesverloop zo veel mogelijk te bespoedigen, heeft het Gerecht maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in de artikelen 55 en 56 van het Reglement voor de procesvoering genomen. Daartoe is verzoeker in het voorbereidend rapport ter terechtzitting verzocht te antwoorden op vragen die voornamelijk handelden over zijn bindingen met Marokko.

21 Bij op 19 maart 2010 ter griffie van het Gerecht binnengekomen brief heeft verzoeker gehoor gegeven aan het verzoek van het Gerecht. Uit die brief en de daaraan gehechte documenten blijkt dat verzoeker op 23 oktober 1975 in België is geboren en dat hij als Marokkaan van geboorte op veertienjarige leeftijd automatisch de Belgische nationaliteit heeft verkregen, nadat zijn vader die nationaliteit had verworven. Tevens blijkt daaruit dat verzoeker altijd in België heeft gewoond, afgezien van een verblijf van zeven jaar in Spanje, en dat hij enkel voor vakantie naar Marokko is gegaan. Verzoeker geeft daarin echter te kennen dat hij Berber en Arabisch spreekt en dat hij als moslim eenmaal per week tot de leeftijd van dertien jaar de Arabische school heeft bezocht. Voorts verklaart hij dat zijn ouders sinds 2003, toen zijn vader met pensioen is gegaan, hoofdzakelijk in Marokko wonen, waar zij onroerend goed hebben gekocht. Ten slotte laat hij weten met een makelaar in onderhandeling te zijn met het oog op de aanschaf in de nabije toekomst van een onroerend goed in Marokko, waarvoor hij zijn burgerlijke staat moet opgeven.

22 Verder is partijen in het voorbereidend rapport ter terechtzitting eveneens verzocht het Gerecht stukken te doen toekomen ten bewijze van de daadwerkelijk toepassing van artikel 489 WvSM.

23 Bij op 31 maart 2010 en 2 april 2010 ter griffie van het Gerecht binnengekomen brieven hebben de Commissie respectievelijk verzoeker bepaalde inlichtingen verstrekt over de daadwerkelijke toepassing van artikel 489 WvSM, die met name afkomstig zijn van de internationale pers en non-gouvernementele organisaties en waarin melding wordt gemaakt van minstens één geval in december 2007 waarin artikel 489 WvSM daadwerkelijk is toegepast.

24 Ter terechtzitting heeft verzoeker een e-mailbericht neergelegd dat hij op 16 september 2009 naar het PMO had verstuurd om dit erop te wijzen dat zijn partner met ingang van die datum in dienst van de Commissie was getreden.

Voorwerp van het geding

25 Verzoeker vordert nietigverklaring van enerzijds het besluit van het PMO van 5 maart 2009 waarbij hem bij de vaststelling van zijn individuele rechten de kostwinnerstoelage is geweigerd en anderzijds het besluit van het TABG van 17 juli 2009 houdende afwijzing van zijn klacht tegen het besluit van 5 maart 2009.

26 Volgens vaste rechtspraak heeft de vordering tot nietigverklaring van het besluit houdende uitdrukkelijke of stilzwijgende afwijzing van een klacht als zodanig geen zelfstandige inhoud en valt zij in feite samen met de vordering tot nietigverklaring van de bezwarende handeling waartegen de klacht is ingediend (arrest Gerecht van 23 februari 2010, Faria/BHIM, F-7/09, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 Een — uitdrukkelijk of stilzwijgend genomen — besluit tot afwijzing dat enkel de handeling of het stilzitten bevestigt waarover de klager zich beklaagt, vormt namelijk op zich genomen geen voor beroep vatbare handeling (arrest Hof van 28 mei 1980, Kuhner/Commissie, 33/79 en 75/79, Jurispr. blz. 1677, punt 9; beschikking Hof van 16 juni 1988, Progoulis/Commissie, 371/87, Jurispr. blz. 3081, punt 17; arresten Gerecht van eerste aanleg van 12 december 2002, Morello/Commissie, T-338/00 en T-376/00, JurAmbt. blz. I-A-301 en II-1457, punt 34, en 2 maart 2004, Di Marzio/Commissie, T-14/03, JurAmbt. blz. I-A-43 en II-167, punt 54).

28 Een louter bevestigend besluit kan niet als bezwarend besluit worden aangemerkt, zoals bijvoorbeeld het geval is met een besluit dat, vergeleken met een eerder bezwarend besluit, geen enkel nieuw element bevat en derhalve niet in de plaats van dat besluit is gekomen (zie in die zin arrest Hof van 10 december 1980, Grasselli/Commissie, 23/80, Jurispr. blz. 3709, punt 18; beschikking Gerecht van eerste aanleg van 27 juni 2000, Plug/Commissie, T-608/97, JurAmbt. blz. I-A-125 en II-569, punt 23; arrest Di Marzio/Commissie, reeds aangehaald, punt 54).

29 Niettemin is herhaaldelijk geoordeeld dat een uitdrukkelijk besluit tot afwijzing van een klacht, gelet op de inhoud ervan, mogelijkerwijs het door de verzoeker bestreden besluit niet bevestigt. Dit is het geval wanneer het besluit tot afwijzing van de klacht een heronderzoek van de situatie van de verzoeker op basis van nieuwe gegevens rechtens en feitelijk bevat of het oorspronkelijke besluit wijzigt of aanvult. In die gevallen vormt de afwijzing van de klacht een handeling die is onderworpen aan het toezicht van de rechter, die deze handeling in aanmerking neemt bij de beoordeling van de wettigheid van het bestreden besluit (arresten Gerecht van eerste aanleg van 10 juni 2004, Eveillard/Commissie, T-258/01, JurAmbt. blz. I-A-167 en II-747, punt 31, en 7 juni 2005, Cavallaro/Commissie, T-375/02, JurAmbt. blz. I-A-151 en II-673, punten 63-66; arrest Gerecht van 9 september 2008, Ritto/Commissie, F-18/08, JurAmbt. blz. I-A-1-281 en II-A-1-1495, punt 17), of zelfs beschouwt als bezwarend besluit dat in de plaats van het bestreden besluit komt (zie in die zin arrest Kuhner/Commissie, reeds aangehaald, punt 9; arrest Morello/Commissie, reeds aangehaald, punt 35, en arrest Gerecht van eerste aanleg van 14 oktober 2004, Sandini/Hof van Justitie, T-389/02, JurAmbt. blz. I-A-295 en II-1339, punt 49).

30 In casu moet worden opgemerkt dat bij het besluit van 5 maart 2009 enkel werd geweigerd om verzoeker in het genot te stellen van de kostwinnerstoelage, op basis van een mondeling verstrekte reden. Na deze weigering heeft verzoeker evenwel in zijn klacht de Commissie gegevens rechtens en feitelijk voorgelegd met betrekking tot de Marokkaanse strafrechtelijke regeling inzake homoseksuele handelingen, die wegens zijn nationaliteit op hem van toepassing zou zijn. Bijgevolg bevestigt het besluit van 17 juli 2009 weliswaar de weigering van de Commissie om verzoeker de kostwinnerstoelage toe te kennen, waarbij bovendien verzoekers argumenten worden weerlegd en de mondelinge motivering van deze weigering wordt aangevuld, maar is het genomen na een heronderzoek van verzoekers situatie.

31 In die omstandigheden vormt het besluit van 17 juli 2009 geen handeling tot bevestiging van het besluit van 5 maart 2009, en moet het in aanmerking worden genomen bij de wettigheidscontrole die het Gerecht moet uitoefenen.

32 Derhalve moet ervan worden uitgegaan dat het beroep tot gevolg heeft dat bij het Gerecht de vordering aanhangig is gemaakt tot nietigverklaring van zowel het besluit van 5 maart 2009 als het besluit van 17 juli 2009 (hierna: „bestreden besluiten").

Vordering tot nietigverklaring van de bestreden besluiten

33 Verzoeker doet zijn vordering tot nietigverklaring van de bestreden besluiten steunen op één middel, te weten schending van artikel 1, lid 2, sub c-iv (hierna: „eerste litigieuze bepaling") en sub d (hierna: „tweede litigieuze bepaling"), van bijlage VII bij het Statuut.

Argumenten van partijen

34 In het kader van zijn enige middel voert verzoeker in wezen drie grieven aan tegen de bestreden besluiten.

35 In de eerste plaats zou de rechtsvervolging waaraan hij, gelet op een van zijn twee nationaliteiten, te weten de Marokkaanse, waarvan het hem verboden is afstand te doen, in Marokko op grond van artikel 489 WvSM bloot zou staan wanneer hij in België met zijn partner een huwelijk sloot, dit huwelijk onmogelijk maken. Zijn homoseksualiteit zou onmiddellijk aan het licht komen en hij zou dan uitsluitend ten gevolge van de wijziging van de burgerlijke staat door het huwelijk worden vervolgd. Hieruit volgt dat hij bij elke administratieve handeling waarbij hij zijn burgerlijke staat moet vermelden (bijvoorbeeld voor de verlenging van zijn paspoort, voor de aan- of verkoop van onroerend goed of ook bij een erfenis), een reële kans zou lopen op een strafrechtelijke sanctie.

36 In de tweede plaats bestaat er, hoe dan ook en ongeacht of de eerste litigieuze bepaling toepasselijk is, op grond van de zorgplicht van de administratie jegens de ambtenaar de mogelijkheid om via de tweede litigieuze bepaling de kostwinnerstoelage te verkrijgen, wanneer de ambtenaar volgens de Commissie weliswaar niet voldoet aan de voorwaarden van de eerste litigieuze bepaling, maar in feite gezinslasten draagt.

37 In de derde plaats wordt hij door de schending van de twee litigieuze bepalingen gediscrimineerd ten opzichte van ambtenaren voor wie de keuze om in het huwelijk te treden niet botst met enig publiekrechtelijk beginsel van het land waarvan zij de nationaliteit bezitten.

38 De Commissie concludeert tot afwijzing van verzoekers enige middel, met weerlegging van de drie bovenbedoelde grieven.

39 In de eerste plaats stelt artikel 489 WvSM niet het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht strafbaar, maar seksuele handelingen tussen personen van hetzelfde geslacht. Los van zijn matrimoniale status, dreigt er voor verzoeker evenwel hoe dan ook theoretisch rechtsvervolging, omdat de Marokkaanse autoriteiten langs andere wegen zijn homoseksualiteit te weten zouden kunnen komen, met name wanneer zij kennis nemen van de reeds ingeschreven wettelijke samenwoning met zijn partner van hetzelfde geslacht. Aangezien het eventuele huwelijk van verzoeker en zijn partner in België geen gevolgen in Marokko zou sorteren, is hij voorts niet verplicht om de Marokkaanse autoriteiten daarvan in kennis te stellen, te meer daar zijn Marokkaanse identiteitsbewijs volstaat voor elke administratieve handeling in dat land. Verder vereist de Commissie geenszins dat verzoeker afstand doet van zijn Marokkaanse nationaliteit om voor de kostwinnerstoelage in aanmerking te komen, nu hij in casu naar Belgisch recht ondanks zijn Marokkaanse nationaliteit in het huwelijk mag treden. Bovendien is het niet aan de rechterlijke instanties van de Unie om die bepaling uit te leggen, omdat zij uitdrukkelijk verwijst naar de wetgevingen van de lidstaten, zodat de kwestie of een paar toegang heeft tot het burgerlijk huwelijk in een lidstaat afhangt van een besluit dat uitsluitend tot de bevoegdheid van die lidstaat, in casu België, behoort.

40 Wat in de tweede plaats de toepasselijkheid van de tweede litigieuze bepaling betreft, is de grief niet-ontvankelijk, omdat verzoeker, nu hij geen daartoe strekkend verzoek heeft ingediend en zelfs geen klacht tegen de vermeende stilzwijgende weigering van de Commissie om de betrokken bepaling toe te passen, de precontentieuze procedure niet heeft nageleefd. Voorts heeft hij geen bewijsstukken geproduceerd waaruit blijkt dat hij gezinslasten draagt. Hoe dan ook beschikt de Commissie over een ruime beoordelingsbevoegdheid wat de toepassing van de tweede litigieuze bepaling betreft, die, gesteld al dat verzoeker voldoet aan de voorwaarden ervan, geen absoluut recht op de kostwinnerstoelage vestigt.

41 In de derde plaats vormt volgens de rechtspraak een op de gezinsstatus gebaseerd verschil in behandeling geen discriminatie. Aangezien volgens de eerste litigieuze bepaling voor ambtenaren die een partnerschap zijn aangegaan en gehuwde ambtenaren een verschillende regeling geldt, had verzoeker ten exceptieve moeten stellen dat die bepaling onwettig is. Dat heeft hij evenwel niet gedaan.

Beoordeling door het Gerecht

42 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de uitbreiding van het recht op de kostwinnerstoelage tot ambtenaren die een geregistreerd partnerschap buiten het huwelijk hebben gesloten, waaronder ook met personen van hetzelfde geslacht, volgens punt 7 van de considerans van verordening nr. 723/2004 beantwoordt aan het streven van de wetgever om erop toe te zien dat het in artikel 13, lid 1, EG (thans, na wijziging, artikel 19, lid 1, VWEU) verankerde non-discriminatiebeginsel wordt nageleefd, hetgeen de verdere ontwikkeling vereist van een personeelsbeleid dat gelijke kansen garandeert voor iedereen, ongeacht de seksuele geaardheid en de burgerlijke staat van de belanghebbende, wat ook beantwoordt

aan het in artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten bedoelde verbod van iedere discriminatie op grond van seksuele gerichtheid. Voorts komt in de uitbreiding van het recht op de kostwinnerstoelage tot ambtenaren die een geregistreerd partnerschap buiten het huwelijk hebben gesloten, waaronder ook met personen van hetzelfde geslacht, het vereiste tot uiting om de ambtenaren te beschermen tegen inmenging van de administratie in de uitoefening van hun recht op respect voor het privéleven en het familie- en gezinsleven, zoals erkend in artikel 7 van het Handvest van de grondrechten en artikel 8 EVRM.

43 Net als bij de bescherming van de door het EVRM gewaarborgde rechten, moeten de statutaire regels waarbij het recht op de kostwinnerstoelage wordt uitgebreid tot ambtenaren die een geregistreerd partnerschap buiten het huwelijk hebben gesloten, waaronder ook met personen van hetzelfde geslacht, worden uitgelegd op een wijze waardoor een grotere doeltreffendheid van bovenbedoelde regels wordt gewaarborgd, zodat het betrokken recht niet theoretisch of illusoir blijft, maar concreet en daadwerkelijk wordt (zie in die zin EHRM, arresten Airey v Ierland van 9 oktober 1979, série A, nr. 32, § 24; Verenigde Communistische Partij van Turkije e.a. v Turkije van 30 januari 1998, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-I, § 33; Kreuz v Polen van 19 juni 2001, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-VI, § 57, en Scoppola v Italië (Nr. 2) [GC] van 17 september 2009, *Recueil des arrêts et décisions*, 2009-, § 104).

44 Voor ambtenaren die een geregistreerd partnerschap buiten het huwelijk hebben gesloten, waaronder ook met personen van hetzelfde geslacht, zou het recht op de kostwinnerstoelage zoals verankerd in de eerste litigieuze bepaling evenwel theoretisch en illusoir kunnen blijken, wanneer de uitdrukking „toegang tot het burgerlijk huwelijk [in een lidstaat]", waarvan het ontbreken een van de voorwaarden is wil een dergelijke ambtenaar voor de kostwinnerstoelage in aanmerking komen, in zuiver formele zin werd opgevat door de toepassing van de eerste litigieuze bepaling afhankelijk te stellen van de vraag of het paar voldoet aan de naar het toepasselijke nationale recht gestelde wettelijke voorwaarden, zonder dat wordt nagegaan of er sprake is van concrete en daadwerkelijke toegang tot het huwelijk in de zin van bovenbedoelde rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens.

45 Hieruit volgt dat de administratie bij de toetsing of een paar van hetzelfde geslacht naar de wettelijke regeling van een lidstaat toegang heeft tot het burgerlijk huwelijk, niet mag voorbijgaan aan de bepalingen van de wet van een andere staat waarmee de betrokken situatie wegens de nationaliteit van de belanghebbenden nauw verband houdt, wanneer die wet weliswaar niet geldt voor kwesties inzake de totstandkoming van het huwelijk, maar de toegang tot het huwelijk en derhalve het recht op de kostwinnerstoelage theoretisch en illusoir dreigt te maken. Dit is met name het geval bij een nationale wet die homoseksuele handelingen strafbaar stelt zonder onderscheid naargelang de plaats waar de homoseksuele handeling plaatsvindt, zoals bijvoorbeeld artikel 489 WvSM.

46 Hieraan kan niet worden afgedaan door de formulering van de tweede zin van de eerste litigieuze bepaling. Hierin heet het namelijk enkel dat de belanghebbende partners alleen „toegang tot het burgerlijk huwelijk" als bedoeld in de eerste zin van de eerste litigieuze bepaling hebben wanneer zij aan „alle" voorwaarden voldoen die in de toepasselijke wetgeving zijn vastgesteld. Aldus bevat hij enkel een verduidelijking van de in de eerste zin van die bepaling reeds gestelde regel, welke verduidelijking volstrekt losstaat van de in de punten 43 tot en met 45 van het onderhavige arrest uiteengezette problematiek en zich niet verzet tegen de aldaar in het kader van de betrokken problematiek opgestelde uitgangspunten. Werd deze tweede zin aldus uitgelegd dat enkel de naar het recht van de betrokken lidstaat geldende bepalingen in aanmerking worden genomen bij de toepassing van artikel 1, lid 2, van bijlage VII bij het Statuut, dan zou dat strijd opleveren met het vereiste van een dynamische uitlegging, die volgens vaste rechtspraak niet alleen rekening houdt met de bewoordingen van de betrokken bepaling, maar tevens met de door de wetgever nagestreefde doelstellingen (zie in die zin arrest Gerecht van 29 september 2009, O/Commissie, F-69/07 en F-60/08, JurAmbt. blz. I-A-1-349 en II-A-1-1833, punt 114 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47 In casu stelt het Gerecht vast dat verzoeker een arbeidscontractant is die in België een geregistreerd partnerschap buiten het huwelijk heeft gesloten. Derhalve had het betrokken paar in beginsel in België een burgerlijk huwelijk kunnen sluiten, aangezien de tweede alinea van artikel 46 WIP het mogelijkerwijs naar het nationale recht van een van beide partners bestaande verbod van een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht buiten toepassing verklaart en aldus tot uitdrukking brengt dat een dergelijk verbod indruist tegen de in België heersende maatschappelijke en rechtsopvattingen.

48 Verzoeker heeft evenwel, zonder door de Commissie te worden weersproken, verklaard dat artikel 489 WvSM nog steeds deel uitmaakt van het in Marokko geldende recht, met welk land hij wegens een van zijn twee nationaliteiten een nauwe binding heeft.

49 Bovendien heeft hij op basis van een omvangrijke documentatie, waarin melding wordt gemaakt van het feit dat homoseksuelen vandaag de dag in Marokko nog steeds worden vervolgd, betoogd dat artikel 489 WvSM aldaar daadwerkelijk wordt toegepast en dat elke Marokkaanse burger die voornemens is een huwelijk te sluiten met iemand van hetzelfde geslacht, grote risico's loopt en aan grote dwang blootstaat. Vastgesteld moet worden dat deze risico's en deze druk, gelet op de betrokken documentatie, niet hypothetisch, maar heel reëel voorkomen.

50 De Commissie heeft het Gerecht bij brief van 31 maart 2010 een reeks documenten over hetzelfde onderwerp doen toekomen. Deze documenten, die gedeeltelijk identiek zijn aan die van verzoeker, kunnen de in het vorige punt genoemde beweringen van verzoeker niet ernstig in twijfel trekken.

51 Uit de door de Commissie overgelegde documenten blijkt namelijk om te beginnen dat de Franse consulaire autoriteiten in Marokko op grond van artikel 489 WvSM partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht niet mogen registreren. Vervolgens heet het in deze documenten in de eerste plaats dat „homoseksualiteit in Marokko wordt gedoogd zolang die in het geheim plaatsvindt, maar [...] daartegen wordt opgetreden wanneer zij in het openbaar wordt gepraktiseerd", in de tweede plaats dat „in juni 2004 43 homo's die zich hadden verzameld om in een feestzaal ter ere van een van hen een feest te vieren, zijn aangehouden en in hechtenis zijn genomen", in de derde plaats dat de rechtbank van eerste aanleg te Ksar El Kébir (Marokko) op 10 december 2007 zes mannen heeft veroordeeld wegens overtreding van artikel 489 WvSM, welk vonnis werd bevestigd door het Hof van beroep te Tanger (Marokko), en in de vierde plaats dat „sinds de onafhankelijkheid van Marokko in 1956 meer dan 5 000 homoseksuelen voor de rechter [zijn gebracht]" op grond van artikel 489 WvSM.

52 Het is juist dat de Commissie ter terechtzitting heeft verklaard dat zij, zo verzoeker het bewijs had geleverd van ook maar het minste risico dat hij zich wegens zijn eventuele huwelijk in een juridisch netelige situatie zou brengen voor de toepassing van artikel 489 WvSM, haar zorgplicht ten opzichte van hem zou zijn nagekomen en zich jegens hem welwillend zou hebben opgesteld door de mogelijkheid te onderzoeken om de tweede litigieuze bepaling op hem toe te passen. Het bestaan van een dergelijk risico heeft zij echter betwist.

53 Naar de aard en de inhoud ervan kan een bepaling als artikel 489 WvSM, waarbij homoseksuele handelingen, die een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht per definitie impliceert, strafbaar worden gesteld, evenwel in redelijkheid bij verzoeker vrees voor vervolging doen ontstaan, en vormt zij een geldige grond voor zijn weifelingen, evenals voor de weifelingen van elke normaal bedachtzame en zorgvuldige Marokkaanse burger, over het sluiten van een huwelijk met iemand van hetzelfde geslacht. Niets in het dossier laat de conclusie toe dat die vrees onlogisch of overdreven is; integendeel, tegen de achtergrond van de door partijen overgelegde documenten kan niet worden ontkend dat er daadwerkelijk sprake is van risico's voor en dwang op Marokkaanse burgers die voornemens zijn om een huwelijk te sluiten met iemand van hetzelfde geslacht (zie punten 49 en 50 van onderhavig arrest).

54 Gesteld al voorts dat artikel 489 WvSM in onbruik is geraakt, dan zou deze omstandigheid, afgezien van het feit dat als gevolg van het bestaan zelf van dat artikel bij verzoeker toch nog gevoelens van angst, smart en beklemming zouden overheersen, geenszins het gevaar uitsluiten dat de bevoegde autoriteiten hun beleid wijzigen zolang het artikel van kracht blijft (zie in die zin EHRM, arresten Dudgeon v Verenigd Koninkrijk van 22 oktober 1981, série A, nr. 45, § 40-41, en Norris v Ierland van 26 oktober 1988, série A, nr. 142, § 33). Bovendien kan bij de huidige stand van zaken niet worden uitgesloten dat wanneer er in Marokko een rechts- of bestuurshandeling wordt verricht waarvoor verzoeker zijn burgerlijke staat zou moeten vermelden en zo hij in België was getrouwd met iemand van hetzelfde geslacht, de politie in Marokko een onderzoek instelt naar zijn privéleven en evenmin dat particulieren trachten hem in Marokko persoonlijk te doen vervolgen (zie in die zin EHRM, arrest Modinos v Cyprus van 22 april 1993, série A, nr. 259, § 23).

55 Hieruit volgt dat verzoeker, gelet op de stukken van het dossier, niet kan worden geacht in België concreet en daadwerkelijk toegang tot het huwelijk te hebben in de zin van de in punt 43 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak.

56 Verder faalt het argument van de Commissie dat er voor verzoeker hoe dan ook theoretisch rechtsvervolging dreigt, omdat de Marokkaanse autoriteiten door de reeds ingeschreven wettelijke samenwoning met zijn partner van hetzelfde geslacht zijn homoseksualiteit te weten zouden kunnen komen. In dit verband volstaat namelijk de opmerking dat in België enkel het huwelijk tot wijziging van de burgerlijke staat leidt; partners die een wettelijke samenwoning, ingevoerd bij de wet van 23 november 1998 (*Belgisch Staatsblad* van 12 januari 1999, blz. 786), zijn aangegaan, worden in Belgische overheidsdocumenten nog steeds als vrijgezel aangeduid. Voorts bepaalt artikel 15 van het Wetboek van familierecht van het Koninkrijk Marokko dat Marokkanen die in overeenstemming met de nationale wetgeving van het woonland een huwelijk zijn aangegaan, binnen drie maanden te rekenen vanaf de datum van sluiting van het huwelijk een afschrift van de huwelijksakte moeten overleggen aan de Marokkaanse consulaire diensten van de plaats waar de akte is opgemaakt, met het oog op doorzending daarvan naar de ambtenaar van de burgerlijke stand van de geboorteplaats van de echtgenoten in Marokko. Hieruit volgt dat, anders dan de Commissie verklaart (zie punt 39 van onderhavig arrest), het eventuele huwelijk van verzoeker met zijn partner van hetzelfde geslacht ter kennis van de Marokkaanse autoriteiten zou moeten worden gebracht, op het gevaar af dat artikel 489 WvSM wordt toegepast, aangezien elk huwelijk per definitie seksuele betrekkingen tussen de partners impliceert. Overigens moet om dezelfde reden tevens het argument van de Commissie van de hand worden gewezen dat artikel 489 WvSM niet het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht strafbaar stelt, maar seksuele handelingen tussen personen van hetzelfde geslacht.

57 Bijgevolg moet de vordering tot nietigverklaring worden toegewezen op grond van de eerste grief die wordt geformuleerd in het kader van verzoekers enige middel, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan op de overige grieven van dit middel.

58 Gelet op een en ander moeten de bestreden besluiten nietig worden verklaard.

Kosten

59 Volgens artikel 87, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij, behoudens de andere bepalingen van het achtste hoofdstuk van de tweede titel van dat Reglement, in de kosten verwezen, voor zover zulks is gevorderd. Op grond van artikel 87, lid 2, kan het Gerecht, wanneer de billijkheid dit vergt, beslissen dat een in het ongelijk gestelde partij slechts ten dele in de kosten wordt verwezen of zelfs niet in de kosten dient te worden verwezen.

60 Uit bovenstaande overwegingen volgt dat de Commissie in het ongelijk is gesteld. Bovendien heeft verzoeker in zijn conclusies uitdrukkelijk gevorderd dat verweerster in de kosten wordt verwezen. Daar de omstandigheden van de onderhavige zaak de toepassing van de bepalingen van artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet rechtvaardigen, moet de Commissie dus worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VOOR AMBTENARENZAKEN (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) De besluiten van de Commissie van 5 maart 2009 en 17 juli 2009 houdende weigering om W in het genot te stellen van de kostwinnerstoelage voorzien in artikel 1 van bijlage VII bij het Statuut van de ambtenaren van de Europese Unie, worden nietig verklaard.

2) De Europese Commissie zal alle kosten dragen.

Tagaras Van Raepenbusch Rofes i Pujol

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 14 oktober 2010.

De griffier
W. Hakenberg

De president van de Tweede kamer
H. Tagaras