CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL A. DUTHEILLET DE LAMOTHE VAN 19 NOVEMBER 1970 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Ondanks onze vijfentwintigjarige ervaring op het gebied van de geschillen van ambtenarenrecht is het steeds weer met een gevoel van onbehagen dat wij concluderen in een geding tussen een hogere ambtenaar en het bestuur.

En dit te meer wanneer die ambtenaar tot de juridische adviseurs van dat bestuur behoort.

Het bestaan van dergelijke geschillen immers bewijst dat er in het geheel der betrekkingen tussen de administratie en haar hoofdambtenaren iets haperde of begint te haperen, betrekkingen waarvan wederzijds vertrouwen het kenmerk moet zijn.

De heer Prelle is ambtenaar in de rang A 4 en oefent het ambt uit van juridisch adviseur bij de juridische dienst van de Commissie.

In april 1969 werd aan een van zijn collega's, de heer Marchini-Camia, verlof om redenen van persoonlijke aard verleend en het was verzoeker die vanaf dat ogenblik de tot dusver aan die collega toevertrouwde taak vervulde en zulks, naar het schijnt, nog heden doet.

Op 3 oktober 1969 verzocht Prelle aan de voorzitter van de Commissie om toekenning van de toelage bedoeld in artikel 7, paragraaf 2, van het Statuut van de ambtenaren der Gemeenschap.

Gelijk U bekend, wordt in deze tekst het volgende bepaald :

> „De ambtenaar kan worden aangewezen ad interim een ambt te vervullen dat bij een hogere loopbaan van zijn categorie of groep behoort dan waarin hij is geplaatst. Met ingang van de vierde maand van zijn tewerkstelling ad interim ontvangt hij een aanvullende toelage, gelijk aan het verschil tussen de bezoldiging, verbonden aan zijn rang en salaristrap, en de bezoldiging welke overeenkomt met de salaristrap die hem zou toekomen in de aanvangsrang, indien hij was aangesteld in de loopbaan waarin hij ad interim te werk is gesteld."

Verzoeker meende dat deze tekst op hem van toepassing was.

Immers, zo stelde hij, en stelt hij ook thans nog, „Marchini-Camia was op het ogenblik van zijn vertrek ambtenaar in de rang A 3. Zijn ambt behoort derhalve tot een hogere loopbaan dan de mijne daar ik slechts de rang A 4 bekleed en mijn ambt tot de loopbaan A 4/A 5 behoort".

Deze argumentatie kon de diensten der Commissie evenwel niet overtuigen.

Prelle wendt zich dan ook met het onderhavige beroep tot U en vordert daarbij enerzijds nietigverklaring van de stilzwijgende of uitdrukkelijke beschikkingen waarbij zijn verzoeken werden afgewezen, zulks met alle gevolgen rechtens, en subsidiair toekenning van een vergoeding der schade welke hij als gevolg van de door de Commissie te zijnen opzichte aangenomen houding zou hebben geleden.

Onderzoeken wij allereerst de vordering tot nietigverklaring.

Wij menen dat zij moet worden verworpen op twee gronden die daartoe ieder afzonderlijk voldoende zijn.

De eerste grond is dat verzoeker in casu geen enkel uitdrukkelijk besluit van het bestuur kan aanvoeren waarbij hij met het door hem uitgeoefende interim werd belast.

Het Hof heeft evenwel in zijn arrest 35-69

1 — Vertaald uit het Frans.

van 9 juli 1970, mevrouw Lampe-Grosz, beslist dat de ambtenaar op de in artikel 7 bedoelde toelage slechts aanspraak kan maken wanneer hij bij een *uitdrukkelijk besluit* of met de *uitdrukkelijke bewilliging* van het tot aanstelling bevoegde gezag werd aangewezen een hoger ambt ad interim te vervullen.

Gelijk de Advocaat-Generaal Roemer in zijn conclusie in genoemde zaak heeft gezegd, is de *feitelijke* uitoefening van de tot een ander ambt behorende functies, ook indien zulks op aanwijzing van een hiërarchische meerdere geschiedt, niet voldoende.

Want, aldus de Advocaat-Generaal Roemer, de tegenovergestelde opvatting zou ertoe leiden dat in zekere zin inbreuk werd gemaakt op hetgeen hij met een bijzonder gelukkige formule „die Organisationsgewalt" (de bevoegdheid van het tot aanstelling bevoegde gezag de diensten vrijelijk te organiseren) heeft genoemd, welk gezag niet noodzakelijkerwijs, en zelfs slechts zelden, de hiërarchische meerdere van de betrokkene is.

Hieraan zij nog toegevoegd dat dit vereiste van een uitdrukkelijk besluit niet, gelijk men op het eerste gezicht zou kunnen vrezen, het gevaar inhoudt dat het bevoegde gezag zich op deze wijze aan de hem bij het Statuut opgelegde verplichtingen zou kunnen onttrekken.

De ambtenaar aan wie zijn hiërarchische meerdere een bepaalde taak opdraagt en die meent dat deze taak in werkelijkheid het ad interim waarnemen van een hoger ambt betekent, kan te allen tijde, en zelfs voor het verstrijken van de termijn waarna hem een toelage verschuldigd zou kunnen zijn, het tot aanstelling bevoegde gezag om een uitdrukkelijk besluit verzoeken waarbij hij met dit interim wordt belast. Wordt dit verzoek afgewezen of niet beantwoord, dan kan hij tegen de uitdrukkelijke of stilzwijgende afwijzing van zijn verzoek bij het Hof beroep instellen.

In het onderhavige geval heeft Prelle van het tot aanstelling bevoegde gezag niet een besluit waarbij hem de waarneming ad interim werd opgedragen verkregen noch ook daarom verzocht; reeds om deze reden kan hij op de in artikel 7 bedoelde toelage geen aanspraak maken, ook indien hij in feite — en dit is niet betwist — de aan Marchini-Camia toevertrouwde taken gedurende diens afwezigheid heeft vervuld.

Doch er is nog een tweede grond die, naar het ons voorkomt, tot verwerping van de vordering tot nietigverklaring van Prelle moet leiden : aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 7 is in casu niet voldaan.

Dit artikel voorziet de toekenning van de interimtoelage niet voor *alle* gevallen waarin een ambt ad interim werd vervuld.

Wil deze bepaling toepassing vinden, dan moet bedoeld ambt „behoren tot een hogere loopbaan dan waarin hij (die ad interim fungeert) is geplaatst".

Verzoeker stelt dat aan deze voorwaarde in casu is voldaan daar de door hem vervangen ambtenaar vóór zijn vertrek met verlof de rang A 3 bekleedde en derhalve tot een hogere loopbaan behoorde dan de loopbaan A 4/A 5 waarin verzoeker zelf is geplaatst.

Deze redenering zou echter slechts opgaan indien er een volledige overeenstemming bestond tussen ambten en loopbanen en derhalve aan iedere rang of, eerder nog, aan iedere loopbaan noodzakelijkerwijs een ambt of een groep van ambten beantwoordde.

Hiervan is in werkelijkheid geen sprake.

Het moet worden gezegd dat het personeelsstatuut op dit punt bijzonder onduidelijk is en wij vernamen dan ook met genoegen van de vertegenwoordiger der Commissie dat men doende is het te herzien.

Het schijnt dat de huidige tekst een soort compromis vormt tussen twee grote organisatietypen voor het ambtenarenwezen :

— het type waarbij in hoofdzaak en somtijds uitsluitend wordt uitgegaan van het *ambt* met de in het algemeen bijzonder ongunstige gevolgen welke dit stelsel voor de loopbaan der ambtenaren met zich brengt (gevolgen die

voor de vakorganisaties veelal een reden was zich tegen de invoering daarvan te verzetten);

— en anderzijds het type, hetwelk bij voorbeeld een der grondslagen van het Franse stelsel vormt, waarbij de *rang* — het persoonlijk attribuut van de ambtenaar — bijna geheel wordt losgemaakt van het *ambt*, dat wil zeggen de hem toevertrouwde functie.

In het huidige Statuut heeft men, naar het ons voorkomt, deze beide typen willen combineren en daaraan een derde element, namelijk dat van de loopbaan, toegevoegd.

Weliswaar voorziet artikel 5, paragraaf 4, van het Statuut dat van geval tot geval in een tabel het verband zal worden aangegeven tussen standaardfuncties en loopbanen die hetzij meerdere, hetzij slechts een enkele rang bevatten en artikel 5 verwijst naar de tabel in een bijlage tot het Statuut houdende het verband tussen standaardfuncties en loopbanen.

Doch deze bepaling regelt niet het thans aan U voorgelegde vraagstuk, dat wil zeggen de interpretatie van de formule in artikel 7 „een hogere loopbaan dan waarin hij (de interim-ambtenaar) is geplaatst".

Moet zij, gelijk verzoeker verlangt, worden opgevat in de zin van „een ambt bekleed door een titularis die in een hogere loopbaan is geplaatst dan de interim-ambtenaar"?

Of moet deze uitdrukking daarentegen als volgt worden verstaan : „een ambt hetwelk door de aard van de daarmede verbonden functies slechts permanent kan worden bekleed door een ambtenaar die tot een hogere loopbaan behoort dan de interim-functionaris"?

Onze voorkeur gaat uit naar de laatste interpretatie, en wel om twee redenen :

De eerste is dat het Hof steeds wanneer het over de toepassing van artikel 7 moest beslissen heeft geoordeeld dat bedoelde bepaling strikt moet worden geïnterpreteerd.

Dit ligt trouwens voor de hand, daar het artikel aan de ambtenaren der Gemeenschap een belangrijk voordeel toekent dat in de meeste nationale wetgevingen onbekend is.

De tweede, en naar het ons voorkomt belangrijker, reden is dat de auteurs van het Statuut, met handhaving van hun voorkeur voor een stelsel waarbij van het „ambt" wordt uitgegaan, door tussen de begrippen ambt en rang het begrip loopbaan in te voegen, waarbij het aan iedere instelling werd overgelaten in een staat het verband vast te leggen tussen ambt, rang en loopbaan, niettemin in dit stelsel een zekere speelruimte wilden laten, in dier voege dat in bepaalde gevallen en met name op hoger niveau kan worden onderscheiden tussen enerzijds rang of loopbaan en anderzijds het ambt.

Hieruit volgt naar ons oordeel dat voor de toepassing van artikel 7 een ambt slechts in de volgende gevallen geacht mag worden tot een hogere loopbaan dan die van de interim-functionaris te behoren :

1. wanneer dit ambt rechtens slechts kan worden bekleed door een titularis wiens loopbaan hoger is dan die van de interim-ambtenaar;

2. wanneer dit ambt bevoegdheden veronderstelt welke, gelet op de definities in bijlage I van het Statuut houdende het verband tussen standaardfuncties en loopbanen, slechts zouden kunnen worden uitgeoefend door een ambtenaar wiens loopbaan hoger is dan die van de interim-functionaris.

Het eerste punt behoeft geen nader betoog, zodat wij daarbij niet langer stil zullen staan.

Ten aanzien van het tweede punt, dit moet worden erkend, kan men van gevoelen verschillen.

Wanneer wij, zij het na een aanvankelijke aarzeling, U voorstellen het te aanvaarden, dan geschiedt zulks op de volgende grond :

Wij menen, gelijk reeds gezegd, dat het Statuut aan het bevoegde gezag een zekere vrijheid laat de diensten te orga-

niseren hetzij op een strikt hiërarchische basis, waarbij ieder ambt bij een bepaalde loopbaan behoort, hetzij op een soepeler basis die een zeker onderscheid tussen loopbaan en an bt toelaat.
De feitelijke ontwikkeling ging trouwens in deze richting. Gelijk bij de mondelinge behandeling werd verklaard, bestaat er bij de meeste diensten der Gemeenschap een nauw verband tussen ambt en loopbaan; bij andere diensten is dit verband wel aanwezig doch de regeling voorziet voor ambtenaren die uit hoofde van hun leeftijd, anciënniteit of ervaring tot verschillende loopbanen behoren uitdrukkelijk de mogelijkheid om niettemin identieke of althans vrijwel gelijksoortige functies uit te oefenen. Voor nog andere diensten ten slotte, zoals voor de juridische dienst of de dienst van de woordvoerder der Commissie, is er geen tabel houdende het verband tussen ambten en loopbanen.
Wij geloven niet dat dit bijzonder soepele systeem, dat stellig bepaalde voordelen biedt, onwettig is.
Doch de vrijheid welke aldus aan de verantwoordelijke autoriteiten werd gelaten om hun diensten zo doeltreffend mogelijk in het belang der Gemeenschap te organiseren, mag er in geen geval toe leiden dat de ambtenaren van de hun toegekende waarborgen worden beroofd.
De tegenhanger van de vrijheid welke op dit punt aan het verantwoordelijke gezag kan en moet worden gelaten dient de rechterlijke controle te zijn op het gebruik hetwelk het daarvan maakt.
Het betreft hier niet alleen onderzoek naar een eventueel détournement de pouvoir of, om een meer eigentijdse en passender term te bezigen, naar een eventueel misbruik van procedure — welke zich op dit gebied slechts zelden zullen voordoen — maar een onderzoek van de vraag of de weinig nauwkeurig omschreven doch daarom niet minder stellige rechten welke de ambtenaren ongetwijfeld aan de bepalingen van paragraaf 1 juncto paragraaf 4 van artikel 5 van het Statuut alsmede aan bijlage I houdende het verband tussen standaardfuncties en loopbanen ontlenen, werden geëerbiedigd.
Met andere woorden, indien, anders dan verzoeker meent, het bestuur niet gehouden is tot een nieuwe indeling der ambten naar gelang van de verschillende loopbanen over te gaan, zo menen wij toch dat wanneer het zulks achterwege laat de rechter mag onderzoeken of het desbetreffende ambt in feite, gezien de daaraan verbonden bevoegdheden, wellicht krachtens artikel 5 en meergenoemde bijlage behoort tot de ambten welke slechts kunnen worden uitgeoefend door een titulair ambtenaar die tot een hogere loopbaan behoort dan de interim-functionaris.
Indien Uw Hof deze opvatting deelt, zult Gij in de onderhavige zaak naar ons oordeel zonder moeite kunnen vaststellen dat het door de heer Marchini-Camia vervulde ambt, hetwelk verzoeker ad interim heeft vervuld, rechtens noch feitelijk behoort tot die welke uitsluitend door ambtenaren van de loopbaan A 3 kunnen worden bekleed.
Rechtens bestaat op dit punt geen enkele twijfel.
En in feitelijk opzicht geldt dit evenzeer, gelijk naar ons oordeel uit twee omstandigheden met volstrekte duidelijkheid blijkt.
De eerste is dat Marchini-Camia dit zelfde ambt bekleedde toen hij nog behoorde tot de loopbaan A 4/A 5 en dat zijn functie geen wijziging onderging toen hij naar de rang en loopbaan A 3 werd bevorderd.
De tweede is dat, gelet op de bij bedoeld ambt behorende bevoegdheden, blijkt dat zij van dezelfde aard waren als de door verzoeker uitgeoefende daar er met name een zeker aantal vraagstukken bestond voor de behandeling waarvan beide ambtenaren gelijkelijk competent waren.
Wij menen dan ook dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 7 in casu niet was voldaan en dit is de tweede grond waarop verzoekers eis tot nietigverklaring moet worden verworpen.

Blijft derhalve nog de vordering tot schadevergoeding.
Verzoeker eist subsidiair en voor het geval Uw Hof zijn aanspraak op de toelage van artikel 7 van het Statuut niet zou erkennen, dat de Gemeenschap zal worden veroordeeld hem een schadeloosstelling uit te keren uit hoofde van de fout welke de Commissie beging door hem niet bij een krachtens artikel 7 van het Statuut genomen uitdrukkelijk besluit ad interim met de uitoefening van het ambt van Marchini-Camia te belasten.
Om twee redenen menen wij evenwel U de verwerping van deze vordering te moeten voorstellen.

1. Artikel 7 van het Statuut was naar ons oordeel en op de zojuist uiteengezette gronden niet toepasselijk. Het tot aanstelling bevoegde gezag was dan ook niet gehouden een besluit te nemen waarbij aan verzoeker overeenkomstig artikel 7 de uitoefening van het ambt van Marchini-Camia ad interim werd toevertrouwd.

2. Prelle kan blijkbaar geen schade aantonen waarvan vergoeding zou kunnen worden gevorderd.
Volgt Uw Hof ons oordeel, dan zult Gij derhalve zowel de primaire als de subsidiaire vordering van Prelle afwijzen.
Wat de kosten van het geding betreft zijn wij, gezien alle omstandigheden van het onderhavige geval, van mening dat de helft der kosten, welke verzoeker normaliter zou moeten dragen, ten laste van de Commissie dienen te worden gebracht.
Immers, gezien de bij pleidooi gegeven toelichtingen komt het ons voor dat, zo het beroep van Prelle al moet worden verworpen, het er wellicht toch toe heeft bijgedragen dat zekere onvolkomenheden van het Statuut in het licht werden gesteld, hetgeen voor het verantwoordelijk gezag een aansporing zou kunnen vormen deze weg te nemen.

Het is op deze gronden dat wij de eer hebben te concluderen

1. dat het beroep zal worden verworpen,

2. dat de ten laste van verzoeker blijvende kosten voor de helft door hem en voor het overige door de Commissie der Europese Gemeenschappen zullen worden gedragen.