met name de artikelen 36, 59, 60, 90 en 91;
Gelet op de Protocollen betreffende het Statuut van het Hof van Justitie;
Gelet op het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste Kamer),

rechtdoende:

1. **verklaart het beroep in de zaak 75-72 niet-ontvankelijk;**
2. **verklaart het beroep in de zaak 58-72 ongegrond;**
3. **verstaat dat elk van beide partijen haar eigen kosten zal hebben te dragen.**

Monaco Donner O'Dalaigh

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op zeventien mei negentienhonderddrieënzeventig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President van de Eerste Kamer
R. Monaco

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J. P. WARNER VAN 5 APRIL 1972[1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Mejuffrouw Letizia Perinciolo, verzoekster in de beide onderhavige zaken, werd bij besluit van 7 juli 1964 van het secretariaat-generaal van de toenmalige Raden per 16 juli 1964 als ambtenares van de Gemeenschappen aangesteld. Zij werd ingedeeld in de rang C 4 en bij het secretariaat-generaal tewerkgesteld als typiste in de Italiaanse sectie van de centrale typekamer, waar zij overeenkomstig artikel 34 van het Ambtenarenstatuut haar proeftijd volbracht.

Op 3 mei 1965 onderging zij overeenkomstig artikel 59, lid 4, van het Statuut een jaarlijks medisch onderzoek waarbij

1 — Vertaald uit het Engels.

zij geschikt werd bevonden haar werk te doen, evenals uiteraard het geval was geweest bij de in artikel 33 voorgeschreven eerste medische keuring.

Op 6 november 1965 overkwam haar bij het paardrijden een ongeval dat tot een langdurig ziekteverlof leidde.

Bij het volgend jaarlijks medisch onderzoek op 13 juni 1966 werd zij geschikt geacht voor haar werk met de opmerking: „Geschikt voor halve dagen werk in juni 1966. Gedurende drie maanden bij voorkeur geen langdurig typewerk." (De originele processtukken zijn gesteld in het Frans of Italiaans, doch eenvoudigheidshalve citeer ik in vertaling.)

Bij het jaarlijks medisch onderzoek op 11 juli 1967 werd verzoekster geschikt bevonden met de opmerking: „Geschikt voor hele dagen werk, doch gedurende één maand geen langdurig typewerk en overwerk."

Op 13 juli 1967 werd zij als typiste naar de afdeling archief van het directoraat-generaal A overgeplaatst, doch met de mondelinge toezegging dat zij aldaar slechts incidenteel typewerk zou hebben te doen.

Ik moge intussen erop wijzen dat zij 100 dagen ziekteverlof heeft gehad in 1965, 187 dagen in 1966 en 115 dagen in 1967.

Bij besluit van het secretariaat-generaal van de Raad van 28 maart 1968 werd verzoekster per 1 oktober 1968 bevorderd tot de rang C 3 en, als ik het wel heb nog steeds bij de afdeling archief, tewerkgesteld als secretaresse-stenotypiste.

Op 28 oktober 1968 werd zij in het kader van de statutaire verzekeringsregeling voor 15 % permanent invalide verklaard, waarna zij krachtens die regeling een dienovereenkomstig forfaitair bedrag kreeg uitbetaald.

Bij het jaarlijks medisch onderzoek op 13 december 1968 werd geen reserve gemaakt ten aanzien van haar fysieke geschiktheid, behoudens de opmerking van de arts: „Betrokkene zou in het halfuur koffiepauze moeten wandelen."

Bij het volgend jaarlijks onderzoek op 12 februari 1970 werd in het medisch attest geen enkel voorbehoud ten aanzien van haar fysieke geschiktheid noch enige andere opmerking gemaakt.

Op 20 augustus 1970 verzocht zij om overplaatsing van de archiefafdeling, waar zij had bemerkt dat haar, wellicht niet geheel ten onrechte, steeds meer typewerk werd opgedragen. Zij heeft toen enige tijd gewerkt bij de afdeling boekhouding die de secretaris-generaal op een gegeven moment echter liet weten niet langer van haar diensten gebruik te kunnen maken, waarna zij op 24 januari 1972 werd teruggeplaatst bij de afdeling archief.

Toen ook deze afdeling de secretaris-generaal mededeelde haar diensten niet langer te kunnen gebruiken, werd zij bij besluit van 24 mei 1972 als secretaresse-stenotypiste tewerkgesteld bij de centrale typekamer, Italiaanse sectie, van directoraat-generaal A. Aan dit besluit — het eerste dat in casu wordt aangevochten — was voorafgegaan wat ik zou willen noemen „het attestensteekspel".

Een door verzoekster geraadpleegde arts, Dr. Pol Fosset, verklaarde op 7 februari 1972 dat zij vanaf deze datum een jaar lang geen zwaar werk kon doen.

Een eveneens door verzoekster geraadpleegde orthopedist, Dr. Van Bever, verklaarde op 23 maart 1972 dat zij leed aan posttraumatische symptomen, voornamelijk in de streek van de nekwervelkolom, hetgeen bij onvoldoende beweging leidde tot vermoeidheid en verminderde arbeidscapaciteit, zodat zij geen typewerk zou mogen verrichten.

Deze attesten werden voorgelegd aan de raadgevende arts van de Raad, Dr. Boussart, die verzoekster doorzond naar Dr. Castiaux, directeur van het Belgische „Institut d'Orthopédie et de Traumatologie". Deze kwam in zijn rapport van 3 april 1972 tot de conclusie dat zij in staat was typewerk te verrichten. De raadgevend arts van de Raad gaf in een nota van 8 mei 1972 zijn instemming met deze conclusie te kennen.

Op 17 mei 1972 verklaarde Dr. Pol Fosset dat verzoekster „geen typewerk kon verrichten".

Verzoekster protesteerde onverwijld tegen het besluit van 24 mei 1972. In een op diezelfde dag gedateerde nota aan de directeur Administratie van het secretariaat-generaal van de Raad, deelde zij mede op grond van haar gezondheidstoestand, waaromtrent zij reeds medische attesten had overgelegd, geen tewerkstelling als secretaresse-stenotypiste te kunnen accepteren. Vaststaat dat zij niet verscheen op haar nieuwe post en evenmin op haar oude. Zij ging zitten in een blijkbaar ongebruikte of weinig gebruikte kamer van het gebouw van de Raad. In een eigenhandig geschreven nota van 21 juni 1972 — waarop ik nog zal terugkomen — verklaarde zij dit te doen „in afwachting van een, zij het tijdelijke, tewerkstelling in een ambt van mijn rang, waarin ik werk krijg dat verenigbaar is met mijn gezondheidstoestand en beantwoordt aan de belangen van de dienst".

In antwoord op haar nota van 24 mei 1972 deelde de directeur Administratie haar op 2 juni 1972 schriftelijk mede dat hij haar standpunt niet kon aanvaarden, onder bevestiging van de instructies om haar taken op de Italiaanse sectie van de typekamer onverwijld ter hand te nemen.

Op 5 juni 1972 hebben twee ambtenaren van de Raad met verzoekster gesproken en haar daarbij medegedeeld dat haar afwezigheid van de typekamer verder als onregelmatig zou worden beschouwd. In een nota van diezelfde datum bleef zij echter bij haar standpunt, zulks met bijvoeging van een attest van haar eigen arts, Dr. D'Avanzo, dat zij als gevolg van haar ongeval geen typewerk kon verrichten. Zij betwiste dat de raadgevend arts van de Raad een beslissing mocht nemen in een medisch verschil van mening over haar gezondheidstoestand.

Op 20 juni 1972 zond de directeur Administratie haar andermaal een nota van de volgende inhoud:

„Niettegenstaande de bevestiging bij mijn nota gedateerd 2 juni 1972 van Uw tewerkstelling op de Italiaanse sectie van de centrale typekamer, verneem ik dat U Uw taken aldaar niet ter hand hebt genomen.

Bijgevolg zal deze onregelmatige afwezigheid overeenkomstig artikel 60 van het Statuut in mindering worden gebracht op Uw vakantieverlof.

Voorts deel ik U mede dat, gezien Uw vakantietegoed van 20½ dag op 2 juni 1972 en Uw onregelmatige afwezigheid van 12 dagen per deze datum, U nog 8½ dag vakantieverlof tegoed hebt.

Bij verdere onregelmatige afwezigheid zult U met ingang van 3 juli 1972, 14.30 uur, geen bezoldiging meer ontvangen."

Het in deze nota vervatte besluit is het tweede dat in casu door verzoekster wordt aangevochten.

Zij antwoordde hierop bij de reeds genoemde nota van 21 juni 1972, waarin zij nogmaals de redenen uiteenzette van haar weigering om de tewerkstelling op de centrale typekamer te accepteren, en voorts betwistte dat artikel 60 op haar van toepassing was, daar zij zich steeds beschikbaar had gehouden in het kantoorgebouw van het secretariaat-generaal.

Van 9 tot 29 juli 1972 was verzoekster met ziekteverlof voor een kuur in Italië. Zij ontving bezoldiging over de tijd van dit verlof waarvoor zij op 3 mei 1972 toestemming had gekregen. De secretaris-generaal zelf schreef haar op 20 juli 1972 naar Padua als volgt:

„Na mijn onderhoud met U op 6 juli 1972 over Uw onregelmatige afwezigheid op de afdeling waar U ingevolge nota van 24 mei 1972 was tewerkgesteld, verzocht ik U mij de volgende dag mededeling te doen van Uw standpunt. U hebt dit nagelaten. Intussen bent U overeenkomstig de U verleende toestemming met ziekteverlof vertrokken buiten Uw plaats van tewerkstelling. Ik ben in ieder geval bereid U in september te ontvangen.

Over de tijd van Uw ziekteverlof, van 9 tot en met 29 juli 1972, zal aan U bezoldiging worden uitbetaald, met dien verstande dat deze na afloop van Uw ziekteverlof wederom zal worden geschorst, zolang U Uw taken op de Italiaanse sectie van de centrale typekamer niet ter hand hebt genomen."

Het in deze brief vervatte besluit of beweerde besluit is het derde dat door ver-

zoekster in casu wordt aangevochten. Ik zeg „beweerde besluit", omdat de Raad betoogt dat de brief, die het besluit van 20 juni eigenlijk alleen maar bevestigt, zelf geen besluit bevat, waartegen beroep bij het Hof kan worden ingesteld.

Het eerste van de beide beroepen is gedeponeerd ter griffie op 16 augustus 1972. Verzoekster concludeert daarbij tot nietigverklaring van de drie genoemde (beweerde) besluiten van 24 mei, 20 juni en 30 juli 1972.

Verzoekster zelf bevond zich toen nog steeds in Italië, waar zij verbleef tot begin september 1972.

Op 28 augustus 1972 werd haar namens de directeur Administratie een aangetekende brief naar Turijn gezonden met de volgende inhoud:

„Na afloop van het U verleende ziekteverlof van 9 tot en met 29 juli 1972 buiten de plaats van Uw tewerkstelling bent U onvoldoende gemotiveerd afwezig gebleven.

Voorts hebt U zonder enige verklaring nagelaten gevolg te geven aan de brief van 8 augustus 1972 waarbij U werd verzocht U te vervoegen bij de raadgevend arts van de instelling.

U bent derhalve nog steeds onregelmatig afwezig, zodat, behoudens nadere maatregelen op grond van het Statuut, de betaling van Uw bezoldiging wordt geschorst overeenkomstig het gestelde in de brief van de secretaris-generaal van 20 juli 1972."

Deze brief werd door verzoekster beantwoord op 6 september 1972, toen zij weer terug was in Brussel. Zij verklaarde daarin de brief van 8 augustus 1972 pas op 30 augustus te hebben ontvangen bij terugkeer in Turijn, vanwaar zij op doktersadvies was vertrokken naar de kust. Tevens deelde zij mede medische attesten te hebben overgelegd ter rechtvaardiging van haar afwezigheid welke derhalve niet onregelmatig was. Inderdaad had zij voor haar afwezigheid na 29 juli 1972 attesten opgestuurd, maar bij de mondelinge behandeling meen ik te hebben begrepen dat de vraag of zij in dit tijdvak recht had op ziekteverlof, hier niet in het geding is. Zij had, blijkbaar als alternatief, voor deze periode gewoon vakantieverlof aangevraagd, wat in verband met de toepassing van artikel 60 van het Statuut was geweigerd.

Op 7 of 9 oktober 1972 (dit is niet geheel duidelijk) diende verzoekster bij de secretaris-generaal, als tot aanstelling bevoegd gezag van de Raad, een klacht in over de schorsing van de salarisbetaling. Deze klacht werd door hem verworpen bij brief van 9 november 1972.

Bij op 20 oktober 1972 gedeponeerd verzoekschrift stelde verzoekster het tweede beroep in. Daarin concludeerde zij wederom tot nietigverklaring van de (beweerde) besluiten van 20 juni en 20 juli 1972 alsmede van de door haar aldus genaamde „mededeling" van 28 augustus 1972. Volgens de Raad is ook deze „mededeling" zuiver bevestigend van aard en als zodanig dus niet vatbaar voor beroep.

Tegelijk met dit tweede beroep verzocht zij om een voorziening in kort geding tot opschorting van het besluit inzake de schorsing van salarisbetaling. De gedachte ligt voor de hand dat dit tweede beroep alleen werd ingesteld om het verzoek in kort geding mogelijk te maken, dat overigens door de president van deze kamer op 30 november 1972 werd afgewezen.

Op 12 december 1972 besloot de kamer tot voeging van de beide beroepen.

Het lijdt geen twijfel dat het in deze zaak draait om de vraag of het besluit van 24 mei 1972 inzake de tewerkstelling van verzoekster op de typekamer geldig is.

Verzoekster bestrijd dit op grond van de door haar overgelegde attesten. Haar betoog ten deze kan als volgt worden samengevat. Daar de artsen over haar geval van mening verschilden, had de in het Statuut genoemde invaliditeitscommissie moeten worden geraadpleegd. Het tot aanstelling bevoegde gezag, dat niet competent is in medische aangelegenheden, had bij zijn beslissing niet eenvoudig mogen afgaan op de mening van de eigen raadgevende artsen. Dusdoende had het gezag misbruik van bevoegdheid gemaakt, althans onrechtmatig gehan-

deld. Indien het geval naar de invaliditeitscommissie was verwezen, zou deze hebben uitgemaakt of verzoekster al dan niet in staat was typewerk te doen. In het eerste geval kon verzoekster, zoals haar raadsman het in pleidooi stelde, „slechts berusten of pensioen aanvragen, wat anders?" In het tweede geval „moest haar een ander ambt worden gegeven".

Dit betoog gaat ervan uit dat een vast ambtenaar van de Gemeenschappen recht heeft op een tewerkstelling in overeenstemming met zijn gezondheidstoestand. Dit is echter onjuist. Volgens het Statuut dienen ambtenaren ten tijde van de aanwerving fysiek geschikt te zijn om hun taken te vervullen (artikelen 28, sub e, en 33). De enige bepalingen over naderhand optredende ziekten staan vermeld in de artikelen 59 en 78. Op grond van artikel 59 komt een ambtenaar die ten gevolge van ziekte of ongeval tijdelijk verhinderd is zijn werkzaamheden te verrichten, in aanmerking voor ziekteverlof, terwijl hij in bepaalde gevallen ambtshalve met verlof kan worden gezonden. Artikel 78 geeft aanspraak op invaliditeitspensioen aan een ambtenaar die blijvend volledig invalide wordt en als gevolg daarvan niet de werkzaamheden kan verrichten die met een ambt in zijn loopbaan overeenkomen. In het Statuut is nergens sprake van een derde mogelijkheid, dat een gedeeltelijk invalide ambtenaar niet voor ziekteverlof of pensioen in aanmerking komt, maar voor een tewerkstelling in zijn loopbaan, die is afgestemd op zijn gezondheidstoestand. Bovendien zou het construeren van een dergelijke aanspraak in strijd zijn met een grondbeginsel van het gehele Statuut, namelijk dat de personeelsopbouw van elke gemeenschapsinstelling wordt bepaald door de behoeften bij de instelling. Dit is soms uitdrukkelijk neergelegd, zoals in artikel 4 (aanstelling of bevordering kan er slechts toe strekken in een vacature te voorzien), artikel 7 (het tot aanstelling bevoegde gezag handelt bij aanstelling en overplaatsing van een ambtenaar uitsluitend in het belang van de dienst) en artikel 27 (de aanwerving dient erop gericht te zijn de instelling de medewerking te verzekeren van ambtenaren die uit een oogpunt van bekwaamheid, prestatievermogen en onkreukbaarheid aan de hoogste eisen voldoen). In vele andere artikelen ligt dit besloten. Ik zal ervan afzien deze alle op te sommen, doch wil alleen wijzen op artikel 41 betreffende de terbeschikkingstelling.

Bij de mondelinge behandeling heeft verzoekster opgemerkt dat de rang C 3 niet alleen secretaressen-stenotypisten omvat, maar ook bureau-beambten, zulks ten betoge dat zij als beambte had kunnen worden aangesteld. Zij bracht dit naar voren in antwoord op de opmerking van de Raad, dat overplaatsing naar de typekamer nog niet wilde zeggen dat de betrokkene typewerk zou moeten verrichten. Helaas is dit punt niet in geschrifte aangevoerd, zodat niet bekend is hoe de Raad zou hebben gereageerd, indien deze daarvan deugdelijk kennis had gekregen. Vermoedelijk zou de Raad hebben geantwoord dat er toentertijd geen vacature was voor een bureaubeambte. In dat geval zou verzoeksters argument falen, want de veronderstelling dat de ambtenaar aanspraak kan maken op een met zijn gezondheidstoestand overeenkomende tewerkstelling, zou meebrengen dat dan eventueel een dergelijke post voor hem zou moeten worden gecreëerd. Dit is echter in strijd met bepalingen als die van het reeds genoemde artikel 4 en van artikel 6, dat het aantal bij elke instelling beschikbare ambten beperkt tot de budgettaire grenzen dier instelling.

Dit wil uiteraard niet zeggen dat een gemeenschapsinstelling niet, gelijk iedere behoorlijke werkgever, met inachtneming van de behoeften van de dienst rekening mag houden met bepaalde gezondheidsklachten van haar personeelsleden. De Raad stelt (en er is geen reden daaraan te twijfelen) dat hij verzoekster in dit opzicht zeer royaal is tegemoetgekomen, met name door haar ruimschoots ziekteverlof en vrijaf voor doktersbehandeling toe te kennen en door langdurig te hebben gepoogd bij de afdeling archief en de afdeling boekhouding passend werk voor haar te vinden.

Doch in rechte ligt de zaak volgens mij zo dat er bij de Italiaanse sectie van de typekamer een vacature was, die overeenkwam met verzoeksters rang, en dat verzoekster beschikbaar was in die zin dat haar diensten bij het archief niet langer benodigd waren. Er zit dan ook niets onjuists in dat zij in die vacature werd tewerkgesteld. Het verschil van mening tussen de artsen had niets te maken met dit besluit. Dit zou alleen het geval zijn geweest, indien het was gegaan om de vraag of zij ziekteverlof dan wel invaliditeitspensioen moest krijgen.

Door de Raad is gesteld dat de invaliditeitscommissie in de opzet van het Statuut alleen dient op te treden ter zake van primo verlof ambtshalve ingevolge artikel 59, lid 2, en secundo de toekenning van invaliditeitspensioen. Vanuit mijn standpunt is het niet nodig hierop nader in te gaan en kan worden volstaan met de opmerking dat de invaliditeitscommissie niets van doen heeft met tewerkstellingsbesluiten.

Indien, zoals ik meen, het besluit van 24 mei 1972 geldig is, dan kan uiteraard ook het besluit van 20 juni 1972 niet anders dan geldig zijn. De bewoordingen van artikel 60 van het Statuut zijn duidelijk en imperatief. Verzoekster heeft aangevoerd dat zij niet „afwezig" was naar de letter van dit artikel, omdat zij zich in feite bevond in het gebouw van de Raad. Waar het echter om gaat, is of zij afwezig was van haar post. Of zij elders in het gebouw aanwezig was, doet niet ter zake. Ambtenaren worden niet betaald voor hun aanwezigheid in een gebouw, maar voor het verrichten van de hun opgedragen werkzaamheden.

Dit is voldoende voor een beslissing in deze zaak, want als de besluiten van 24 mei en 20 juni 1972 geldig zijn, is er ook niets aan te merken op de inhoud van de brieven van 20 juli en 28 augustus 1972 en behoeft evenmin te worden uitgemaakt of de brief van 20 juli slechts een bevestiging van vroegere besluiten inhield dan wel op zichzelf een nieuw, voor beroep vatbaar besluit bevatte.

In pleidooi heeft de Raad tegen de ontvankelijkheid van het tweede beroep een aantal bezwaren opgeworpen en besproken, waarop hij bij de verdere mondelinge behandeling echter niet nader is ingegaan. Dit punt verlangt geen langdurige beschouwing.

Mijns inziens heeft de Raad gelijk dat het tweede beroep niet-ontvankelijk is. Immers:

a) De eerste en tweede vordering, betreffende de nota van 20 juni 1972 en de brief van 20 juli 1972, is gelijk aan de tweede en derde vordering in het eerste beroep. Zij wordt derhalve getroffen door de exceptio litis pendentis (zie zaken 45 en 49-70, Bode tegen Commissie, Jurisprudentie 1971, blz. 465-475).

b) De derde vordering in het tweede beroep betreft de brief van 28 augustus 1972, die in wezen en voor zover terzake doende slechts een bevestiging inhoudt van vroegere besluiten en uit dien hoofde ingevolge een mijns inziens hecht in Uw rechtspraak verankerd beginsel op zichzelf niet vatbaar is voor beroep.

Indien dit juist is, kunnen wij voorbijgaan aan de andere bezwaren van de Raad tegen de ontvankelijkheid van het tweede beroep, al wil ik wel opmerken dat de Raad zich naar mijn mening ten onrechte baseert op de „ne bis in idem"-regel die in het strafrecht thuishoort en niet opgaat in omstandigheden als de onderhavige.

Voor de kosten geldt de regeling van artikel 70 van het Reglement voor de procesvoering. De Raad verzoekt niet, en ik zie ook geen termen aanwezig, om de tweede alinea van artikel 69, paragraaf 3, van het Reglement toe te passen.

Ik concludeer derhalve tot verwerping van beide beroepen, kosten rechtens.