Gezien de stukken;

Gehoord het rapport van de Rechter-Rapporteur;
Gehoord de pleidooien van partijen;
Gehoord de conclusie van de Advocaat-Generaal;
Gelet op de protocollen betreffende het Statuut van het Hof van Justitie;
Gelet op het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen, met name de artikelen 25, 90 en 91;
Gelet op het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, met name de artikelen 69, 70 en 91;

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede Kamer),

rechtdoende:

1. **verklaart de beroepen niet-ontvankelijk;**
2. **verklaart dat alle partijen de eigen kosten zullen dragen.**

Sørensen Pescatore Mackenzie Stuart

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op eenentwintig februari negentienhonderdvierenzeventig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President van de Tweede Kamer
M. Sørensen

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL A. TRABUCCHI VAN 13 DECEMBER 1973 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Het behoeft geen verwondering te baren dat een principiële uitspraak als die betreffende de algehele gelijkstelling van man en vrouw ter zake van de toekenning der ontheemdingstoelage bedoeld in artikel 4 van bijlage VII van het Statuut van de ambtenaren, in de praktijk tot

1 — Vertaald uit het Italiaans.

nieuwe problemen aanleiding geeft. Weliswaar leidden de zaken 20-71 (Sabbatini) en 32-71 (Bauduin) tot een beslissing ten gronde, doch daarmede was nog niet uitgemaakt in hoeverre dit beginsel in de verschillende casusposities die zich binnen zijn werkingssfeer kunnen voordoen — of met zijn toepassing verband kunnen houden — ook feitelijk tot gelding kan komen. De Raad heeft dit willen uitwerken door in zijn verordening nr. 558 van 26 februari 1973 (PB nr. L 55/1) het Statuut op een aantal punten te wijzigen, hetgeen natuurlijk niet wegneemt dat de rechter geroepen kan zijn om, in de lijn van Uw beslissing, voor nog meer duidelijkheid te zorgen.

Het gaat in dit geval ook niet zozeer om de concrete inhoud van een in zijn algemeenheid geformuleerd beginsel als wel om de vraag welke draagwijdte — ratione materiae en ratione temporis — moet worden toegekend aan het novum dat in Uw uitspraak besloten lag.

Op verzoeksters was op verschillende tijdstippen, in sommige gevallen reeds twintig jaar geleden, bijlage VII (verlies van de toelage bij huwelijk) toegepast; omdat zij evenwel menen alsnog het door het Hof opgestelde gelijkheidbeginsel te mogen inroepen, verlangen zij thans *restitutio in integrum.*

Verweerders beriepen er zich — voor alle weren — ten exceptieve op dat verzoeksters te laat in beroep zouden zijn gekomen en daarin dus niet kunnen worden ontvangen; verzoeksters beroepen zich daartegenover op een aantal argumenten die deels een formeel karakter dragen, deels ten nauwste met de zaak ten principale samenhangen. Om ook deze laatste argumenten recht te doen wedervaren zullen wij hier en daar ook op de gegrondheid der beroepen moeten ingaan.

In de eerste plaats zou ik thans willen nagaan of terecht is gesteld dat het vorderen van achterstallige bedragen als een zelfstandige beroepsweg is te beschouwen — zodat de termijn van artikel 91 van het Statuut niet geldt —.

In het introductief request valt echter nergens te lezen dat men, betaling van die bedragen verlangend, bedoelt een schadevordering aanhangig te maken; er wordt slechts gesproken van een schuld van de administratie die een schadevordering zou kunnen dragen. Pas toen de raadsman van verzoeksters tijdens de mondelinge behandeling andermaal het woord verkreeg heeft hij met een beroep op het precedent-Heinemann (zaak 79-71, Jurisprudentie 1972, blz. 588) de term schadevordering in de mond genomen. Daarentegen wordt in de stukken, daaronder begrepen de schriftelijke opmerkingen inzake de exceptie van niet-ontvankelijkheid, ten duidelijkste niét een beroep gedaan op een door de administratie begane „dienstfout", maar op de onrechtmatigheid van hetzij het oorspronkelijk besluit waarbij de toelage niet (langer) werd toegekend hetzij de thans aan de orde zijnde afwijzing van een tot de administratie gerichte klacht van dezelfde strekking als de onderhavige beroepen — door welke afwijzing er jegens verzoeksters zou zijn gediscrimineerd, nu in de zaken-Sabbatini en Bauduin artikel 4, lid 3, van bijlage VII (oud) incidenteel nietigverklaard is, mét vernietiging van de daarop berustende individuele besluiten —.

Ik behoef er slechts op te wijzen dat het beroep is gebaseerd op artikel 91 van het Statuut en dat er in dit geding voor een aanmerkelijke wijziging van de *causa petendi* tijdens de mondelinge behandeling, verbandhoudende met een door verweerders opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid, stellig geen ruimte is.

In de tweede plaats zouden volgens sommige verzoeksters de oorspronkelijke besluiten tot intrekking of niet-toekenning van de ontheemdingstoelage niet behoorlijk — overeenkomstig artikel 25 van het Statuut — te harer kennis zijn gebracht, zodat de termijn voor het instellen van beroep niet kon ingaan.

Het lijdt echter geen twijfel dat ook deze verzoeksters al meer dan drie maanden (en vaak reeds jaren) voordat zij op ver-

schillende tijdstippen tussen 25 juli 1972 en 14 november 1972 administratief beroep instelden, wisten dat de ontheemdingstoelage hun niet (langer) werd toegekend. Volgens artikel 90, lid 2, van het Statuut kan een ambtenaar tegen een besluit waardoor hij zich bezwaard acht binnen drie maanden een klacht indienen; die termijn gaat bij maatregelen van individuele aard in op de dag waarop zij ter kennis worden gebracht van degene tot wie zij zijn gericht en in elk geval op de dag waarop betrokkene er kennis van krijgt. En volgens artikel 91, lid 2, is een beroep van een ambtenaar op Uw Hof slechts ontvankelijk wanneer er tevoren een klacht in de zin — en binnen de termijn — van artikel 90, lid 2, gericht is tot het bevoegde administratieve gezag.

Daaruit volgt dat de onderhavige beroepen niet volden aan de termijn, voor het instellen van administratief beroep gesteld. Dat de toelage niet uitdrukkelijk bij een besluit in formele zin is ingetrokken — c.q. niet toegekend — is irrelevant voor de beroepstermijn voorzien in de vóór 1 juli 1972 geldende statutaire regeling dan wel, in de zin van het nieuwe Statuut, voor de termijn gesteld aan het indienen van de klacht die aan het beroep in rechte voorafgaat: alle betrokkenen hebben zich op de hoogte kunnen stellen van de wijze waarop hun rechtspositie, wat de ontheemdingstoelage betreft, geregeld was en in ieder geval hadden zij de maandelijkse salarisstrookjes er op kunnen naslaan, waaruit hun kon blijken dat in de daarvoor bestemde kolom niets was ingevuld —. Bovendien was het niet langer toekennen der toelage aan de huwende ambtenares — en het niet toekennen der toelage aan een bij indiensttreding reeds gehuwde ambtenares — in overeenstemming met de gewone gedragslijn der communautaire instellingen, welke gedragslijn weer berustte op een duidelijke statutaire bepaling die er geen twijfel over laat bestaan dat het salarisstrookje is te beschouwen als een rechtsgeldige mededeling die ook de beroepstermijn kan doen ingaan. In die zin reeds de arresten 33-72 *(Gunnella)* en 36-72 *(Meganck)*. Voor de dagelijkse toepassing van een heldere en duidelijke statutaire bepaling is een speciale en uitdrukkelijke redengeving dus overbodig. In ieder geval kon voor wie eenmaal van de in concreto genomen beslissing kennis droeg, kennisneming van de gronden dier beslissing geen kwestie zijn, terwijl een ongenoegzame motivering, mits tijdig ingeroepen, wel tot nietigverklaring van het desbetreffend besluit kan leiden, doch in geen geval de termijn om daartegen op te komen kan blokkeren.

Verzoeksters beroepen zich echter ook op nieuwe feiten die de beroepstermijn alsnog *ex nunc* zouden doen lopen, te weten enerzijds 's Hofs uitspraken in de zaken-Sabbatini en Bauduin en anderzijds de daaraan door verweerders verbonden consequenties: nog vóór inwerkingtreding van de nieuwe bepaling inzake de ontheemdingstoelage — waaruit het door het Hof gewraakte discriminerende element is verdwenen — hebben zij alle betrokkenen met ingang van de maand juli 1972 de toelage (wederom) toegekend.

De beide hierbedoelde uitspraken behelsden de nietigverklaring van de twee individuele besluiten tot intrekking van de ontheemdingstoelage bij huwelijk — wegens nietigheid van het eraan ten grondslag liggende artikel 4, lid 3, van bijlage VII van het Statuut —. Ten betoge dat er te haren behoeve alsnog een termijn als hierbedoeld zou zijn ingegaan beroepen zij zich met name op de door het Hof vastgestelde onwettigheid van een in haar nadeel toegepaste statutaire bepaling.

Het is duidelijk dat bedoelde arresten 20-71 en 32-71 rechtens alleen hebben geleid tot nietigheid van de individuele besluiten waartegen verzoeksters in bedoelde zaken waren opgekomen. Het statutaire voorschrift dat aan de nietigverklaarde besluiten ten grondslag had gelegen is slechts incidenteel onrechtmatig verklaard en daarmede ook alleen jegens verzoeksters in die twee zaken niet toepasselijk geworden. De draagwijdte

van zodanige vaststelling is stellig een andere dan die van een nietigverklaring.

Zou het onrechtmatig bevonden statutaire voorschrift bij de ingeroepen arresten zijn nietigverklaard, dan zou men zich in ernst kunnen afvragen in hoeverre zodanige nietigheid ook jegens derden tot bepaalde met terugwerkende kracht intredende gevolgen zou leiden. Doch wanneer aan een beroep naar aard, onderwerp en gevolgen een eigen betekenis toekomt en men het onderscheid tussen die incidentele vaststelling van de onrechtmatigheid en de nietigverklaring van een voorschrift wil handhaven, dan zullen er ook ongelijke consequenties uit moeten voortvloeien en zal aan een incidentele onrechtmatigverklaring van een verordening geen algemene werking — met dezelfde gevolgen als nietigverklaring *ex tunc* — mogen worden verbonden; daarmede zou men de als van publiekrechtelijke orde te beschouwen grens uit het oog verliezen die in de regel in peremptoire procestermijnen is gelegen en in ons geval wordt gesteld door artikel 91 van het Statuut; en daarmede zou ook het rechtszekerheidsbeginsel worden ondermijnd. Voor zover men zich op kennisneming van een „nieuw feit" beroept kan het dus niet gaan om een nietigverklaring, doch alleen om een incidentele uitspraak waaraan uitsluitend binnen de grenzen van het desbetreffende geding rechtsgevolgen verbonden kunnen zijn. Nieuwe feiten doen niet af aan hetgeen in het verleden heeft plaats gevonden; alleen door een objectieve nietigverklaring kan het wederom ter sprake worden gebracht. Dit alles is zo fundamenteel en elementair — en ons Hof heeft zich ook zo dikwijls in die zin uitgesproken — dat ik er niet verder bij behoef stil te staan.

En de houding van verweerders, die na de beide bekende arresten-Sabbatini en Bauduin de ontheemdingstoelage *ex nunc* — voor het eerst of bij vernieuwing — hebben toegekend aan alle ambtenaressen die daarvan verstoken waren gebleven, houdt mijns inziens in de eerste plaats een erkenning van het door het Hof omschreven beginsel in.

Aan deze gedragslijn, die door de instellingen in het belang von zoveel ambtenaressen loyaal gevolgd is, lagen ook overwegingen van billijkheid en doelmatig bestuur ten grondslag.

Beziet men de zaak meer juridisch, dan kan het feit dat de gezamenlijke instellingen een nog geldend voorschrift buiten toepassing hebben gelaten worden beschouwd als een vooruitlopen op de — redelijkerwijze te verwachten en reeds aangekondigde — wijziging waartoe de Raad op grond van voormelde uitspraken zou overgaan en die enkele maanden nadien in de ons bekende bepaling haar neerslag vond. Bovendien kan er, wanneer het Hof over de rechtsvraag een beslissing heeft genomen, van een gewijzigde rechtsopvatting van de administratie geen sprake meer zijn. Een der verzoeksters heeft gesteld dat er wanneer de uitvoerende lichamen zich naar aanleiding van bepaalde uitspraken betreffende het Statuut van de ambtenaren ten opzichte van de talrijke betrokkenen rechtens op een ander standpunt gaan stellen, sprake zou zijn van een nieuw feit dat de Commissie tot wijziging van vroegere besluiten verplicht; het Hof heeft echter reeds overwogen dat wanneer de administratie zich door zijn uitspraak laat leiden het novum hoogstens in die uitspraak zelve kan zijn gelegen en niet in de gedragslijn van het bestuur; ook deze redenering levert dus geen steun op voor de stelling dat een eenmaal vervallen termijn opnieuw zou zijn ingegaan (men zie de zaak 34-65, Mosthaf, Jurisprudentie 1966, blz. 750).

Het novum dat zou kunnen zijn gelegen in het feit dat de administratie op grond van een gewijzigde uitlegging van bepaalde statutaire voorschriften ook een andere gedragslijn gaat volgen, kan voor de ambtenaren in zoverre van belang zijn dat zij nu een actie kunnen instellen waarvoor de termijn anders als verstreken zou moeten worden beschouwd. Zodanige actie ware echter alleen denkbaar

voor zoverre ze gericht zou zijn op wijziging van hun rechtspositie voor de toekomst en niet zou strekken tot heropening van het debat over de wijze waarop die rechtspositie vóór de nieuwe gedragslijn der administratie geregeld was. Een dergelijk novum leidt dus niet tot heropening van termijnen binnen welke een besluit moet worden aangevochten; wel kan de daarin besloten liggende wijziging de ambtenaar een grondslag bieden om een nieuw request tot wijziging van zijn rechtspositie in te dienen, ook wanneer die rechtspositie bij een lang geleden genomen en niet meer aanvechtbaar besluit is vastgelegd. Juist met het oog op zijn bestaande rechtspositie had betrokkene van de administratie mogen verlangen dat zij te haren aanzien haar standpunt in de lijn van de nieuwe praktijk opnieuw zou bepalen. Doch wat dit betreft verkregen alle verzoeksters reeds voor de indiening van de onderhavige beroepen genoegdoening.

En ten slotte is daar het argument van verzoekster in de zaak 137-73, die meent dat artikel 4, lid 3, van bijlage VII van het Statuut, zoals het voor 's Raads voormelde verordening nr. 558/73 luidde, een zo laakbare en onbillijke discriminatie behelsde dat het niet als niet rechtsgeldig, doch als niet geschreven was te beschouwen. Met dit middel worden niet alleen de individuele uitvoeringsbesluiten, doch ook het basisartikel zelf aangevochten.

Ofschoon zij de jurisprudentie veelvuldig hanteert, heeft verzoekster ons geen aan het nationale recht ontleende voorbeelden kunnen noemen waarin aan de term „non-existentie" de thans door haar voorgestane ruime betekenis is toegekend; en dit moet ook zeker niet aan onachtzaamheid harerzijds worden toegeschreven. het is eenvoudig zo dat non-existentie van een overheidshandeling, vooral wanneer die van normatieve aard is (voor zover het nationale recht bij zulke handelingen al van non-existentie wil weten — hetgeen niet steeds schijnt vast te staan —) slechts binnen zeer beperkte grenzen, in echte uitzonderingsgevallen, denkbaar is, met name wanneer er kennelijk zeer ernstige verzuimen zijn begaan, vormverzuimen (zoals het ontbreken van de ondertekening), procedurefouten (bij voorbeeld verzuim van beraad) of fouten betreffende de competentie (zoals wanneer er door de administratie een beslissing is genomen op een aan de wetgever voorbehouden terrein en, in het algemeen, wanneer er kennelijk van aanmatiging van gezagsbevoegdheden sprake is).

De gevolgen die intreden wanneer een rechtshandeling met kracht van wet als niet bestaaande wordt aangemerkt zijn dermate ernstig — en soms zelfs ook zo onvoorzienbaar — dat bij normatieve handelingen, vooral wanneer zij gedurende lange tijd van kracht zijn geweest, de uiterste behoedzaamheid geboden is. Dit ligt ook in de lijn van de bescherming der rechtszerkerheid. En wanneer een rechtsregel van algemene strekking als niet geschreven wordt aangemerkt, zal daaruit voor de administratie ook redelijkerwijze de verplichting moeten voortvloeien om alle *ab initio* ingetreden gevolgen ongedaan te maken.

Het is niet in te zien waarom men zich in een stelsel als dat van het Gemeenschapsrecht niet zou houden aan de in het nationale recht van verschillende landen gehanteerde maatstaf dat een voor tenuitvoerlegging vatbare normatieve handeling die wat haar totstandkoming en openbaarmaking betreft aan wezenlijke procedure-, vorm- en competentievoorwaarden voldoet, een handeling is die bij gebleken materiële onverenigbaarheid met hogere regelen of beginselen als ongeldig kan worden aangemerkt, doch niet als ongeschreven kan worden ter zijde gelegd.

Trouwens, zou de fout welke de oude tekst van artikel 4, lid 3, aankleeft zo kapitaal zijn als men thans wil staande houden, dan is het maar vreemd dat de kennelijke tegenspraak met het systeem zolang onontdekt kon blijven, ofschoon het artikel honderden malen werd toegepast en er tal van belangen op het spel stonden. En, last but not least, het gaat

toch al te ver wanneer men deze bepaling radicaal en overduidelijk in strijd acht met de grondbeginselen der moderne samenleving, terwijl zij in deze gehoorzaal nog wel door de Advocaat-Generaal die in de zaken Sabbatini en Bauduin zijn conclusie had te nemen als onverminderd rechtsgeldig werd aangemerkt.

De werkelijkheid is anders. De arresten die tot al deze zaken hebben geleid en volgens welke bedoelde voorschriften met een algemeen rechtsbeginsel in strijd waren, bracht geen schandelijke tweestrijd tussen het Statuut en een eeuwig gelijkheids- en rechtvaardigheidsbeginsel aan het licht; zij behelsde alleen een stap vooruit op de weg naar een zelfde rechtspositie voor man en vrouw. De rechtspraak, die ten deze de ontwikkeling van het gewoonterecht pleegt te volgen, moet in het raam von haar tijd worden geplaatst; slechts dan wordt haar geleidelijke uitbouw begrijpelijk en verklaarbaar.

De in de zaken-Sabbatini en Bauduin incidenteel vastgestelde onrechtmatigheid is dan ook geplaatst in het kader van de tijd waarin zij ten toets kwam — en daarnaar beoordeeld —; zij ligt in de lijn van de jongste evolutie van de heersende opvattingen inzake de positie van de vrouw in gezin en samenleving, evolutie welke ook in het recht der Lid-Staten tot wijziging heeft geleid en door het Hof — gevoelvol uitdragend wat er in het recht leeft — in de communautaire rechtsorde is toegepast.

Het is dan ook volkomen misplaatst hier van non-existentie te spreken.

Het punt waarop wij thans, na een lange sociale ontwikkeling, zijn aangekomen, dient vooral niet naar het verleden te worden verlegd. Men zou dan niet slechts met de geschiedenis in strijd geraken, doch zich ook aan een ongerechtvaardigde en zelfs grove *fictio iuris* schuldig maken.

Om al deze redenen zie ik waarlijk niet in hoe verzoeksters zich door de weigering hun ook over het verleden de ontheemdingstoelage uit te keren, zozeer in hun rechtsgevoel gekwetst kunnen achten. Zij dienen wel te bedenken dat zij het te danken hebben aan het initiatief van twee collega's — die er een proces voor riskeerden — dat de voor hen allen gunstige ontwikkeling zich heeft kunnen doorzetten. Alleen om met terugwerkende kracht van deze recente verworvenheid te profiteren zijn zij in groten getale in het geweer gekomen. Ten onrechte achten zij een onrechtvaardige bejegening gelegen in het feit dat zij, wat het verleden betreft, anders zijn behandeld dan bedoelde beide collega's die het te hunnen aanzien — individueel — genomen besluit houdende weigering van de ontheemdingstoelage tijdig hebben aangevochten — zodat het werd nietigverklaard —.

Verzoeksters slaan de plank dan ook geheel mis wanneer zij zich op grond van het feit dat zij de rechtmatigheid der in het verleden te hunnen aanzien genomen besluiten, waartegen zij niet tijdig zijn opgekomen, niet alsnog mogen aanvechten, discriminerend behandeld achten vergeleken met hun collega's die eigener beweging voor hun rechtmatige belangen zijn opgekomen door tijdig de in het Statuut gewezen wegen te bewandelen. Zulk een ongelijke behandeling is geen discriminatie, doch slechts een logische toepassing van het oude, onverminderd geldende beginsel: *vigilantibus, non dormientibus, iura succurrunt.*

Ik concludeer dus dat wie de onderhavige beroepen ontvankelijk zou willen achten, zou moeten afwijken van fundamentele procedureregels die met het algemene beginsel nopens de zekerheid van recht en rechtsbetrekkingen verband houden. Het moeten al uitzonderlijk klemmende redenen zijn, willen deze regels, beginselen en fundamentele eisen der rechtsorde het ertegen afleggen. In casu is daarvan stellig geen sprake. Het beginsel van gelijkheid tussen man en vrouw, ook voor de toekenning van de ontheemdingstoelage, is thans vastgelegd; de voortgang vond zijn beslag. Het is dus

misplaatst wanneer verzoeksters thans te harer verdediging menen te moeten schermen met gelijkheidsidealen terwijl het in werkelijkheid niet om beginselvragen gaat, doch alleen om de vraag of een toelage ook voor het verleden moet worden uitgekeerd.

Het is al te goedkoop — en het zegt ook weinig — wanneer men er in alle gevallen waarin het recht — in het belang der rechtszekerheid — bepaalde termijnen stelt, Cicero's *summum ius summa iniuria* bij te pas brengt; in casu gaat het er alleen maar om of die termijnen in acht zijn genomen. Langdurige ervaring op onderscheiden rechtsgebieden heeft mij geleerd dat men, werkend met Cicero's adagium, bepaalde grenzen in acht heeft te nemen; doch de ervaring die ik in het leven zelf opdeed leidt mij, nog steeds in de terminologie van de Romeinse orator, tot de conclusie dat wanneer het niet onmiddellijk om grote beginselen gaat, dat wil zeggen om die fundamentele beginselen die het menselijk geweten aanspreken, degene die zich tot rechtspraak geroepen weet nederig genoeg moet zijn om niet *de legibus,* doch *secundum leges* uitspraak te doen.

Ik kom dus tot de slotsom dat Uw Hof zal verstaan dat verweerders de exceptie van niet-ontvankelijkheid terecht hebben opgeworpen en overeenkomstig de voorschriften voor ambtenarenzaken uitspraak over de kosten zal doen.