CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL H. MAYRAS VAN 10 JULI 1980 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Artikel 4, lid 1, sub a, van bijlage VII bij het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen bepaalt dat een ontheemdingstoelage van 16 % van het basissalaris wordt toegekend aan:

„de ambtenaar:

— die niet de nationaliteit bezit van de staat op welks grondgebied zijn standplaats is gelegen, en deze ook nooit heeft bezeten, en

— die gedurende een periode van vijf jaar, eindigende zes maanden vóór zijn indiensttreding, niet regelmatig woonachtig is geweest of zijn voornaamste beroepsbezigheden heeft uitgeoefend op het grondgebied in Europa van bedoelde staat . . ."

Bij artikel 21, lid 2, van verordening nr. 912/78 van de Raad van 2 mei 1978 tot wijziging van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en de regeling welke van toepassing is op andere personeelsleden van deze Gemeenschappen (PB L 119 van 1978, blz. 1), is voornoemd artikel 4 onder meer aangevuld met een tweede lid, dat luidt als volgt:

„De ambtenaar die niet de nationaliteit bezit van de staat op welks grondgebied zijn standplaats is gelegen en deze nationaliteit ook nooit bezeten heeft, doch niet voldoet aan de in lid 1 genoemde voorwaarden, heeft recht op een toelage voor verblijf in het buitenland gelijk aan een vierde van de ontheemdingstoelage".

Ter uitvoering van deze bepaling besloot de Personeelsdienst van het Hof van Justitie op 16 mei 1978, de desbetreffende categorie personen met ingang van 4 mei 1978 een toelage voor verblijf in het buitenland te betalen.

Verzoeker, ambtenaar in de rang B 4, is sedert 1953 in dienst van het Hof van Justitie en heeft vanaf zijn geboorte uitsluitend de Luxemburgse nationaliteit bezeten. Op 8 november 1978 diende hij overeenkomstig artikel 90, lid 1, van het Statuut bij het tot aanstelling bevoegde gezag een verzoek in om toekenning van een toelage voor verblijf in het buitenland. Dit verzoek werd afgewezen bij memorandum van de griffier van het Hof van Justitie van 16 januari 1979, dat op 7 maart 1979 ter kennis van verzoeker is gebracht.

Op 11 mei 1979 diende verzoeker een administratieve klacht in de zin van artikel 90, lid 2, van het Statuut in tegen dit afwijzende besluit, die op 22 juni 1979 bij besluit van de President van het Hof, handelend in zijn hoedanigheid van tot aanstelling bevoegd gezag, eveneens werd afgewezen.

Daarop heeft verzoeker op 21 september 1979 beroep ingesteld bij het Hof van Justitie. Daarin vraagt hij het Hof, het beroep ontvankelijk te verklaren; artikel 21, lid 2, van verordening nr. 912/78 van de Raad, onwettig te verklaren, en op grond daarvan het besluit van het Hof van Justitie van 22 juni 1979 nietig te verklaren.

Het tot aanstelling bevoegde gezag, verweerder in het hoofdgeding, alsmede de

1 — Vertaald uit het Frans.

Raad en de Commissie die zich in de procedure hebben gevoegd, concluderen hunnerzijds tot niet-ontvankelijkheid, althans ongegrondheid van het beroep en tot verwijzing van verzoeker in zijn eigen kosten.

Mijn standpunt in deze zaak is het volgende.

Verweerder en de partijen die zich ter ondersteuning van zijn conclusies in de procedure hebben gevoegd, doen de exceptie van niet-ontvankelijkheid in de eerste plaats steunen op het ontbreken van procesbelang bij verzoeker. De Commissie concludeert eveneens tot niet-ontvankelijkheid van het beroep op grond dat verzoeker de in artikel 90, lid 2, van het Statuut bedoelde administratieve klacht niet heeft ingediend binnen de in die bepaling genoemde termijn. Zij meent dat de procedure van artikel 90, lid 1, van het Statuut niet dient te worden gevolgd wanneer een bepaling de administratie geen enkele beoordelingsvrijheid laat; in dat geval is er slechts plaats voor een administratieve klacht krachtens lid 2 van dat artikel tegen de individuele bezwarende maatregelen. Een dergelijke maatregel kan men zien in de weigering om ter gelegenheid van de toepassing van de litigieuze bepaling, die op 10 mei 1978 ter kennis van het personeel van het Hof van Justitie is gebracht, aan verzoeker een toelage voor verblijf in het buitenland toe te kennen. Of de klacht binnen de termijnen is ingediend, hangt volgens haar dus af van de datum waarop de toelage voor verblijf in het buitenland voor het eerste is betaald.

Tegen laatstgenoemde uitlegging spreekt overigens — en hier wil ik allereerst op ingaan — reeds de tekst van artikel 90 van het Statuut. Het niet toepassen van een algemene bepaling op een individueel geval kan, bij afwezigheid van een desbetreffend verzoek, noch een algemene maatregel zijn, noch een individuele bezwarende maatregel van de administratie in de zin van artikel 90, lid 2, van het Statuut. Bovendien vormt de toekenning van een toelage voor verblijf in het buitenland aan de in artikel 21, lid 2, van verordening nr. 912/78 bedoelde categorie personen evenmin een individuele maatregel die voor een derde bezwarend kan zijn. Daarentegen kan blijkens de tekst van artikel 90, lid 1, iedere in het Ambtenarenstatuut bedoelde persoon bij het tot aanstelling bevoegde gezag een verzoek indienen om jegens hem een besluit te nemen. Het uitdrukkelijk of stilzwijgend genomen afwijzende besluit van het tot aanstelling bevoegde gezag rechtvaardigt dan een administratieve klacht krachtens artikel 90, lid 2, van het Statuut.

Verzoeker nu heeft binnen de termijn van deze bepaling een klacht ingediend tegen het besluit tot afwijzing en voorts binnen de termijn van artikel 91, lid 3 — dus tijdig — beroep ingesteld.

Verweerder en de interveniërende instellingen achten het beroep bovendien niet-ontvankelijk wegens gebrek aan procesbelang: verzoeker zou bij vernietiging van het besluit geen enkel persoonlijk, rechtstreeks of zelfs maar potentieel belang hebben. Zelfs wanneer het Hof van Justitie de litigieuze bepaling niet-toepasselijk zou verklaren, zou verzoeker geen recht hebben op een toelage voor verblijf in het buitenland, want voor zover thans valt te voorzien, is het volstrekt onwaarschijnlijk dat de Raad de onderhavige bepaling ten voordele van verzoeker wijzigt. Een louter moreel belang bij nietigverklaring van een bepaling kan echter geen voldoende procesbelang opleveren.

Verzoeker stelt daarentegen wel belang te hebben bij nietigverklaring van de betrokken bepaling, aangezien dit zou leiden hetzij tot opheffing van een onrecht-

vaardige en discriminatoire rechtstoestand, hetzij tot vaststelling van een voor hem gunstige regeling.

Deze argumenten van partijen, die het nauwe verband tussen de opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid en de gegrondheid van het beroep duidelijk in het licht stellen, bieden mijns inziens een rechtvaardiging om aanstonds tot een onderzoek van de gegrondheid van het beroep over te gaan; ik verwijs hiervoor naar verschillende arresten in ambtenarenzaken (zaak 126/75, Giry, arrest van 27 oktober 1977, Jurispr. 1977, blz. 1937; zaak 95/76, Bruns, arrest van 15 december 1977, Jurispr. 1977, blz. 2401; zaak 122/77, Agneessens e. a., arrest van 26 oktober 1978, Jurispr. 1978, blz. 2085; zaak 142/78, Bergmanns, arrest van 11 oktober 1979, Jurispr. 1979, blz. 3125).

Verzoeker, die nietigverklaring vordert van het afwijzende besluit van 22 juni 1979 van het tot aanstelling bevoegde gezag, doet incidenteel, overeenkomstig artikel 184 EEG-Verdrag, een beroep op de niet-toepasselijkheid van artikel 21, lid 2, van verordening nr. 912/78 van de Raad, waarop dat besluit is gebaseerd. Door de toelage voor verblijf in het buitenland voor te behouden aan ambtenaren die niet de nationaliteit bezitten van de staat op welks grondgebied hun standplaats is gelegen, en die niet in het genot zijn van een ontheemdingstoelage, zou die bepaling indruisen tegen het algemene, op het gemeenschapsrecht gebaseerde verbod van discriminatie uit hoofde van nationaliteit, dat inzonderheid in artikel 7 EEG-Verdrag is verankerd, maar ook in de bepalingen van het Ambtenarenstatuut. De situatie van de ambtenaren op wie deze bepaling van toepassing is, zou echter materieel noch moreel of psychologisch verschillen van de situatie van degenen die de nationaliteit bezitten van de Lid-Staat op welks grondgebied hun standplaats is gelegen. Het beginsel van gelijke behandeling zou er dan ook toe dwingen beide groepen met elkaar gelijk te stellen.

Bovendien stelt verzoeker dat het uitsluitend afstemmen op de nationaliteit, die noch een objectief noch een uniform criterium is voor een gedifferentieerde behandeling van de betrokken ambtenaren, kunstmatig en zelfs willekeurig is. Terwijl de meeste internationale overeenkomsten de nationaliteit niet meer als onderscheidend criterium erkennen, heeft de Raad een dergelijk criterium juist weer ingevoerd. Ten slotte, aldus nog steeds verzoeker, heeft ook het Hof van Justitie met betrekking tot de toekenning van een ontheemdingstoelage bij herhaling beklemtoond, dat de nationaliteit van een ambtenaar van secundair belang is en hoogstens een rol speelt bij de vraag hoelang de betrokkene buiten het land van zijn standplaats woonachtig is geweest.

Dit betoog wordt ontkracht door het feit dat niet in ieder onderscheid naar nationaliteit een door het gemeenschapsrecht verboden discriminatie moet worden gezien. Zo verbiedt artikel 7 EEG-Verdrag, dat kan worden beschouwd als de concretisering van een algemeen discriminatieverbod waarop het gemeenschapsrecht is gebaseerd, niet iedere differentiatie op grond van nationaliteit, maar beperkt het zich ertoe discriminaties uit hoofde van nationaliteit te verbieden. Volgens 's Hofs vaste rechtspraak nu is onder discriminatie uitsluitend een objectief niet gerechtvaardigde differentiatie te verstaan. Artikel 7 EEG-Verdrag wil dus enkel zeggen dat de onderdanen van de Lid-Staten een gelijke behandeling moe-

ten krijgen voor zover er zich geen bijzondere factoren voordoen die een verschil in behandeling rechtvaardigen.

Zo mag bij voorbeeld, overeenkomstig de artikelen 7 en 24 Ambtenarenstatuut, de nationaliteit principieel geen enkele rol spelen bij de benoeming, de overplaatsing of de loopbaanontwikkeling van een ambtenaar.

Zodra evenwel een aan de hoedanigheid van vreemdeling verbonden verschil in behandeling gerechtvaardigd is, is er geen sprake van een door artikel 7 EEG-Verdrag verboden discriminatie en dientengevolge geen schending van het beginsel van gelijke behandeling van de ambtenaren. Ook op het gebied van het vrije verkeer en de vrijheid van vestiging kunnen trouwens — zoals blijkt uit het voorbehoud bij de desbetreffende artikelen — degenen die niet de nationaliteit van de betrokken Lid-Staat hebben, ingeval van bedreiging van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid, anders worden behandeld, zonder dat er sprake is van schending van het discriminatieverbod van artikel 7 EEG-Verdrag.

Maar, anders dan verzoeker meent, moeten ambtenaren die niet de nationaliteit van het land van hun standplaats hebben, ongeacht de duur van hun verblijf in de betrokken standplaats, genoegen nemen met een aantal nadelen, zowel feitelijk als rechtens, die voor de onderdanen van het betrokken land niet gelden. Dit volgt reeds uit het feit dat alle staten, krachtens de soevereiniteit die zij op hun grondgebied uitoefenen, bepaalde rechten voorbehouden aan hun onderdanen, of liever, de niet-onderdanen onderwerpen aan een bijzonder regime dat men het vreemdelingenrecht noemt.

Om maar enkele voorbeelden te noemen: doordat hij ver van zijn vaderland woont, is het voor een ambtenaar die zich daar kandidaat wil stellen voor een openbare functie, veel bezwaarlijker zo niet onmogelijk gebruik te maken van zijn passief kiesrecht, en het is duidelijk dat dit nadeel ook niet wordt goedgemaakt door zijn statutair recht op verlof om redenen van persoonlijke aard. In het land van zijn standplaats kan hij zich echter ook niet kandidaat stellen, alleen al omdat de kieswetten van de Lid-Staten dat niet toelaten, nog afgezien van het feit dat, zo de kandidatuur van een vreemdeling wettelijk al mogelijk was, hij in de praktijk veel minder kans zou hebben verkozen te worden.

Verder sluiten de kieswetten van de Lid-Staten vreemdelingen in het algemeen uit van het actief kiesrecht in de staat waar zij wonen. Anderzijds wordt voor het actief kiesrecht in de staat oorsprong ofwel de voorwaarde gesteld dat men daar een vaste woonplaats heeft, ofwel kan het slechts worden uitgeoefend in het land zelf, met alle reiskosten van dien.

Bovendien mag men niet vergeten dat ambtenaren die niet de nationaliteit bezitten van het land van hun standplaats, ongeacht de duur van hun verblijf daar, ook met betrekking tot hun gezinsleven bepaalde nadelen moeten accepteren. Hun kinderen, die later misschien zullen willen terugkeren naar de staat van oorsprong om daar aan het beroepsleven deel te nemen, zijn dikwijls gedwongen om in de staat waarvan zij de nationaliteit bezitten, te studeren, al is het alleen maar omdat vele universitaire diploma's niet worden erkend. Daarbij komt nog

vaak een onderhoudsverplichting tegenover ouders die in het land van oorsprong zijn gebleven, hetgeen een extra financiële last met zich brengt. Deze bijzondere extra last wordt, anders dan verzoeker denkt, ook niet gedekt door de andere in het Statuut voorziene vergoedingen, die als gemeenschappelijk kenmerk hebben, dat zij kunnen worden toegekend aan iedere ambtenaar die aan de vereiste voorwaarde voldoet, ongeacht zijn nationaliteit.

Naast deze voorbeelden die op zichzelf al voldoende zijn om een verschil in behandeling te rechtvaardigen, bestaan er stellig nog tal van andere nadelen op cultureel en sociaal gebied, waarover ik hier niet behoef uit te weiden.

Zoals wij van de Raad en de Commissie hebben kunnen horen (zie dienaangaande ook het antwoord van de Commissie van 2 februari 1979 op schriftelijke vraag nr. 813/78 van de heren Dondelinger, Glinne en Lezzi, PB C 60 van 1979, blz. 16), is de toelage voor verblijf in het buitenland ingevoerd om deze extra kosten te compenseren en om een zekere gelijkheid te bereiken van alle ambtenaren die in dezelfde standplaats zijn tewerkgesteld, onafhankelijk van hun nationaliteit. Anders dan verzoeker denkt, doen deze objectief verschillende situaties en omstandigheden zich niet alleen voor bij ambtenaren die de ontheemdingstoelage ontvangen bedoeld in artikel 4, lid 1, van bijlage VII bij het Statuut, maar ook bij degenen die gedurende meer dan vijf jaar hun voornaamste en permanente beroepswerkzaamheden in de staat van verblijf hebben uitgeoefend of aldaar hun vaste woonplaats hebben gehad. De toekenning van een bijzondere vergoeding vormt dus geen discriminatie van ambtenaren die niet met de beschreven ongemakken te maken hebben. De onderhavige zaak is in zoverre dan ook niet te vergelijken met de internationale overeenkomsten waarop verzoeker zich beroept en die over het algemeen ten doel hebben te vermijden dat de eigen onderdanen van de verschillende landen in een gunstiger positie worden geplaatst.

Daar de toelage voor verblijf in het buitenland bedoeld is om de nadelen te compenseren die de ambtenaren door hun status van vreemdeling ondervinden, is het daarenboven even logisch om bij de toekenning van deze toelage aan te knopen aan de nationaliteit. Deze aanknoping moet verzekeren dat degenen die deze rechtspositie hebben, de toelage krijgen die enkel voor vreemde onderdanen is bestemd. Bovendien is het objectief identificeerbare criterium nationaliteit ook, ondanks de uiteenlopende regeling in de verschillende Lid-Staten, in die zin een uniform criterium, dat het een onderscheid mogelijk maakt tussen de categorie ambtenaren die niet de nationaliteit van het land van hun standplaats hebben en zij die die nationaliteit wel hebben. Ingevolge de beginselen van de rechtsstaat moet overigens onverschillig welke wetgever bij de vaststelling van rechtsnormen die, zoals bekend, een algemene en abstracte regeling bevatten, wel gebruik maken van algemene categorieën, zelfs wanneer de toepassing van zo een norm in een klein aantal individuele gevallen onvermijdelijk tot bepaalde onbillijkheden leidt.

En ten slotte, inzake de toekenning van de ontheemdingstoelage, heeft het Hof van Justitie reeds bij herhaling aan de nationaliteit van ambtenaren een belang toegekend dat een onderling verschillende behandeling kan rechtvaardigen. Anders dan de toelage voor verblijf in het buitenland, waarvan in casu moet worden beslist of zij gerechtvaardigd is,

is de ontheemdingstoelage bedoeld „om de bijzondere lasten en nadelen te compenseren, die aan de indiensttreding bij de Gemeenschappen zijn verbonden voor ambtenaren die uit dien hoofde genoodzaakt zijn van woonplaats te veranderen", zoals het Hof in de arresten van 20 februari 1975 heeft beklemtoond (zaken 21/74, Airola, en 37/74, Van den Broeck, Jurispr. 1975, blz. 221 en 235), en daarom heeft het Hof van Justitie ook beslist dat het voornaamste criterium voor het recht op de ontheemdingstoelage gelegen is in de gewone verblijfplaats van de ambtenaar vóór zijn indiensttreding, terwijl zijn nationaliteit eerst in de tweede plaats in aanmerking komt, aangezien deze slechts van belang is voor de vraag hoelang hij buiten het land van zijn standplaats heeft gewoond. Aangezien echter, zoals wij zagen, de toelage wegens verblijf in het buitenland, anders dan de ontheemdingstoelage, uitsluitend is bestemd ter compensatie van de nadelen die uit „het leven in een vreemd land" voortvloeien, heeft de Raad, terecht overigens, deze bepaald op een gedeelte van de ontheemdingstoelage. Er bestaat geen aanleiding kritiek te oefenen op het percentage dat de wetgever krachtens zijn discretionaire bevoegdheid daarvoor heeft bepaald.

Concluderend dient dus op grond van het voorgaande te worden vastgesteld, dat geen bezwaar kan worden gemaakt tegen de inhoud van artikel 21, lid 2, van verordening nr. 912/78 van de Raad, waarbij aan artikel 4 van bijlage VII van het Statuut een tweede lid is toegevoegd.

Nu verzoeker niet heeft aangetoond ooit te hebben voldaan aan de feitelijke voorwaarden waarvan dit artikel de toekenning van de onderhavige toelage afhankelijk stelt, kleven ook het besluit van het tot aanstelling bevoegde gezag geen gebreken aan.

Op grond hiervan concludeer ik:

— tot verwerping van het beroep en

— tot verwijzing van elk der partijen in de eigen kosten.