2. Verwijst de Raad in de kosten.

Galmot Everling Kakouris

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 19 januari 1984.

De griffier
P. Heim

De president van de Derde kamer
Y. Galmot

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI VAN 15 DECEMBER 1983 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Door het onderhavige geschil worden een ambtenaar en de administratie van de Gemeenschap verdeeld gehouden: de eerste maakt aanspraak op betaling van een kostwinnersvergoeding, die de tweede niet wenst uit te keren. Het gaat in wezen om een uitleggingsprobleem, namelijk om de vraag of een ambtenaar aan wie de in artikel 2, lid 4, van bijlage VII van het Statuut bedoelde toelage is toegekend voor een persoon die met een te zijnen laste komend kind is „gelijkgesteld", ook voor de in artikel 1, lid 2, sub c, omschreven toelage in aanmerking kan worden gebracht. Het geval is zo interessant, omdat er geen precedenten bestaan.

De feiten. Als ambtenaar van de Raad wendde mevrouw G. Erdini zich op 23 juli 1981 tot de directeur Administratie, met het verzoek haar de kostwinnersvergoeding van artikel 1, lid 2, sub c, toe te kennen, stellende dat haar moeder, die voor de desbetreffende toelage per 1 november 1978 reeds met een te laste komend kind was gelijkgesteld, niet alleen in financieel opzicht van haar afhankelijk was, maar ook bij haar inwoonde, zodat zij, Erdini, in feite gezinshoofd was. Bij nota van 25 september 1981 deelde de directeur Administratie haar mede dat haar verzoek niet in behandeling kon worden genomen:

a) het feit dat een familielid voor de toelage van artikel 2 met een te laste ko-

1 — Vertaald uit het Italiaans.

mend kind is gelijkgesteld, wil niet zonder meer zeggen dat men ook aanspraak op de kostwinnerstoelage kan maken;

b) de toelage voor haar moeder was haar bij wijze van uitzondering toegekend, en die toekenning kon niet wederom door een uitzonderingsbesluit als de toewijzing van een kostwinnerstoelage krachtens artikel 1, lid 2, sub c, worden gevolgd.

In een tweede nota, gedagtekend 5 juli 1982, handhaafde de directeur zijn afwijzend standpunt. Verzoekster wendde zich toen (22 september 1982) met een beroep krachtens artikel 90, lid 2, van het Statuut tot de administratie, met verzoek haar de kostwinnerstoelage toe te kennen, maar bij nota van 17 februari 1983 beschikte de secretaris-generaal van de Raad afwijzend op grond dat betrokkenes moeder eigen inkomsten had en toewijzing van haar verzoek tot ongelijke behandeling van verschillende ambtenaren zou leiden. Zij wendde zich toen in beroep tot het Hof van Justitie (22 april 1983), met vordering dat het de afwijzende besluiten van 5 juli 1982 en 17 februari 1983 zou nietigverklaren en haar met ingang van de dag van indiening van haar verzoekschrift de kostwinnerstoelage zou toekennen, omdat te haren aanzien aan de voorwaarden van artikel 1, lid 2, sub c, der bijlage zou zijn voldaan, met veroordeling van de wederpartij in de kosten. De Raad concludeert tot afwijzing en veroordeling van verzoekster in de kosten.

2. Een enkel woord over de ontvankelijkheid van het beroep. Volgens de Raad kan van de beide besluiten der administratie die verzoekster wenst te zien nietigverklaard — het besluit van 5 juli 1982 van de directeur Administratie en het besluit van 17 februari 1983 van de secretaris-generaal — alleen het tweede in rechte worden aangevochten, omdat alleen in dit tweede besluit de wil van het tot aanstelling bevoegd gezag besloten zou liggen. Ik wijs er echter op dat verzoekster, als dit standpunt juist ware, niet alleen niet in haar bezwaren tegen het besluit dat in de nota van 5 juli besloten ligt, maar ook voor het overige niet in haar beroep zou kunnen worden ontvangen. Stel dat de handeling *de quo* niet bezwarend is, dan kan er volgens artikel 90, lid 2, van het Statuut zelfs niet worden geklaagd, en is beklag uitgesloten, dan kan betrokkene ook in zijn beroep niet worden ontvangen. De exceptie is evenwel ten onrechte opgeworpen, met andere woorden, er kan over de nota van 5 juli 1982 wel degelijk worden geklaagd.

Ook uit die nota bleek namelijk dat de administratie de aanvraag niet in behandeling wenste te nemen, hetgeen voor verzoekster „bezwarend" was. Dit is ook het standpunt van het Hof: volgens het arrest, op 24 februari 1981 gewezen in de gevoegde zaken 161 en 162/80, Carbognani en Coda Zabetta t. Commissie (Jurispr. 1981, blz. 543, r.o. 12-14) beperkt een directeur-generaal zich er in een mededeling aan de betrokken ambtenaar in de regel niet toe een besluit van het tot aanstelling bevoegd gezag voor te bereiden, integendeel, volgens het Hof mag zulk een mededeling op grond van zijn inhoud en het standpunt dat er uit spreekt, als definitieve beslissing — en in ieder geval als zelfstandig besluit — van het betrokken gezagsorgaan worden beschouwd. Zo is het kennelijk ook in casu gesteld, met andere woorden, de directeur Administratie heeft in casu kennelijk het standpunt van het tot aanstelling bevoegd gezag tot uitdrukking gebracht.

Trouwens, ook de secretaris-generaal dacht er zo over: in de nota van 17 februari 1983 erkende hij met zoveel woorden dat het besluit van 5 juli 1982 „bezwarend" was en dat er bij de administratie over kon worden geklaagd.

Op grond van een en ander acht ik het beklag rechtmatig en — derhalve — het ingestelde beroep ontvankelijk.

3. Daarmede ben ik toegekomen aan de hoofdzaak. Het gaat, als gezegd, om de toepassing van artikel 1, lid 2, sub c, van bijlage VII, luidende als volgt: „De volgende ambtenaren hebben recht op de kostwinnerstoelage: ... c) krachtens een bijzonder en gemotiveerd besluit van het tot aanstelling bevoegd gezag, genomen op grond van bewijsstukken, de ambtenaar die, hoewel hij niet voldoet aan de sub a) en b) gestelde voorwaarden [met andere woorden *niet* is gehuwd dan wel weduwnaar, van echt gescheiden, wettelijk gescheiden of ongehuwd, met een of meer te zijnen laste komende kinderen], in feite gezinslasten draagt." Om uit te maken of die bepaling voor het onderhavige geval geschreven is, moet de draagwijdte ervan worden onderzocht, en dient met name te worden nagegaan of — en welke voorwaarden — daarin aan een ambtenaar die reeds in het genot is gesteld van de toelage voor een met een kind gelijkgesteld familielid, de kostwinnerstoelage in uitzicht wordt gesteld. Het gaat er dus om hoe bedoelde bepaling zich verhoudt tot die waarin de andere toelage is geregeld. Slaan wij artikel 2, lid 4, van bijlage VII erop na, dan lezen wij: „In uitzonderlijke gevallen kan een persoon [sc.: niet zijnde een wettig, onwettig of geadopteerd kind] ten aanzien van wie de ambtenaar een wettelijke onderhoudsplicht heeft welke hem zware lasten oplegt, bij bijzonder, met redenen omkleed besluit van het tot aanstelling bevoegd gezag, genomen op grond van de bewijsstukken, met een te zijnen laste komend kind worden gelijkgesteld."

In onderling verband bezien, doen deze bepalingen een aantal vragen rijzen. Verdraagt de toelage voor een „gelijkgestelde" zich met een kostwinnerstoelage? Zo ja, geeft dan toekenning van eerstgenoemde toelage ook zonder meer, automatisch, recht op de andere toelage? En zo neen, welke voorwaarden moeten er dan verder worden vervuld, wil degene die recht op de toelage voor een „gelijkgestelde" heeft, ook voor de kostwinnerstoelage in aanmerking komen? Ik wil al aanstonds zeggen dat beide toelagen mijns inziens kunnen samengaan, maar dat er van automatisme te dezen geen sprake is. Mijn argumenten voor dit standpunt heb ik aan tekst en systematiek dezer bepalingen ontleend; zij betreffen de voorwaarden waaronder beide toelagen in uitzicht zijn gesteld.

Daar is in de eerste plaats de kostwinnerstoelage. Om daarvoor in aanmerking te komen, moet de betrokken ambtenaar volgens het Statuut in feite gezinslasten dragen. Die voorwaarde is op haar beurt tweeledig: a) er moet sprake zijn van een gezinskern, waarvoor de betrokken ambtenaar heeft op te komen; b) hij moet voorts voor de kosten opkomen. Wat de onder a) gestelde eis betekent, is gauw verteld. Statuut en dagelijkse ervaring leren dat er van gezin (familie) in ruime

zin — met inbegrip van ouders en anderen dan echtgenoot of kinderen — slechts kan worden gesproken wanneer de gezinsleden samenwonen; wordt betrokkenes vader in een rusthuis verpleegd en draagt de ambtenaar de kosten, dan *ontbreekt* het gezinsverband. Ook om systematische redenen is samenwoning (inwoning) voor toekenning van de kostwinnerstoelage wezenlijk te achten.

Volgens artikel 8, lid 1, van bijlage VII heeft de ambtenaar voor zichzelf en, indien hij recht heeft op de kostwinnerstoelage, voor zijn echtgenoot en de personen te zijnen laste in de zin van artikel 2 (dus ook voor die bedoeld in lid 4), recht op een bedrag gelijk aan de reiskosten van zijn standplaats naar de plaats van herkomst. Maar dit verband tussen toelage en reiskosten brengt natuurlijk mede dat een gezinslid (dus ook een ouder) wiens kosten worden vergoed, bij de ambtenaar moet wonen, anders gezegd: met hem een gezin (in ruime zin) vormt. Maar er is meer. De bepaling houdt, wat betreft de beide modellen van bejaardenzorg: opname in het gezin en betaling van de kosten, aan opname in een verzorgingstehuis verbonden, ook de bevestiging in dat de voorkeur van het Statuut naar eerstgenoemde mogelijkheid uitgaat en dat het die mogelijkheid in de hand werkt. „Bevestiging", zei ik, want het spreekt een nog duidelijker taal dat de kostwinnersvergoeding alleen wordt toegekend aan de ambtenaar die voor dit model opteert.

De tweede eis is, als gezegd, dat men voor de lasten welke zulk een inwoning medebrengt, opkomt. Volgens het Statuut moeten zij *in feite* worden gedragen, en deze terminologie wijst op bestendige lasten, die anderzijds niet alomvattend of bijzonder zwaar behoeven te zijn. Met andere woorden, het is niet zo dat een ambtenaar, om voor de kostwinnersvergoeding in aanmerking te komen, geheel voor die kosten heeft op te komen; het is voldoende wanneer hij ze, ook zonder buitensporige offers te brengen, goeddeels draagt en die kosten voor het overige, zo mogelijk, door betrokkene uit eigen middelen laat bestrijden.

Van heel verschillende aard zijn de voorwaarden waaraan volgens artikel 2, lid 4, van bijlage VII moet zijn voldaan, wil de andere toelage kunnen worden toegekend. Inwoning wordt niet vereist; wel moet betrokkene wettelijk tot onderhoud van de „gelijkgestelde" verplicht zijn, welke onderhoudsplicht hem „zware" lasten moet opleggen. Voorts zij vermeld dat bedoelde gelijkstelling steeds een uitzonderlijk karakter draagt, terwijl de beslissing blijkens de woorden *„kan* ... worden gelijkgesteld" (sc. door de administratie) een discretionair karakter draagt.

De verwerende instelling meent nu dat er ook omtrent de toekenning van de kostwinnertoelage discretionair mag worden beslist. Ik ben het daarmede niet eens. Behalve dat er niet van uitzonderlijke gevallen wordt gesproken, komt het werkwoord „kunnen" — met betrekking tot de administratie — in de hierbedoelde bepaling niet voor; integendeel, de bepaling wordt ingeleid door de vermelding dat bepaalde personen „recht op de kostwinnerstoelage" hebben, hetgeen stellig

niet aan zulk een discretionaire marge doet denken. Het gaat ook niet aan om, zoals de Raad doet, ten betoge dat er met betrekking tot het besluit tot toekenning van de kostwinnerstoelage wèl van een discretionaire beslissing zou mogen worden gesproken, te wijzen op de „bijzondere" aard dezer toelage en de verplichting de toekenning ervan met redenen te omkleden. De motiveringsplicht en de discretionaire aard hebben niets met elkander uitstaande, in die zin dat bedoelde verplichting het discretionair karakter der besluitgeving insluit noch uitsluit; anderzijds heet een besluit speciaal wanneer het een op zichzelf staand geval betreft en er een beoordeling *ad hoc* aan ten grondslag ligt. Maar een beoordeling ad hoc is stellig geen discretionaire beoordeling.

Samenvattend kan dus worden gezegd dat men bij de ene uitkering met inwoning, met voortdurende, maar niet met zware lasten en met normale gevallen van doen moet hebben, terwijl de toekenning der toelage dan niet ter discretie van de betrokken organen staat, terwijl, wat de andere uitkering betreft, de met een kind gelijk gestelde persoon op kosten van een ander leeft, met dien verstande dat het om zware lasten, om een wettelijke onderhoudsplicht en om uitzonderlijke gevallen moet gaan en er bij de toekenning der toelage een discretionaire bevoegdheid wordt uitgeoefend; de voorwaarden waaronder elk van beide toelagen in uitzicht wordt gesteld, zijn wel zo verschillend, dat samenloop mogelijk is. Maar juist omdat voor elk van beide toelagen moet worden nagegaan of de voorwaarden waaronder zij kunnen worden toegekend, vervuld zijn, is bij die samenloop automatisme uitgesloten te achten.

4. Van de zijde van de Raad is de hiervoor bepleite uitlegging van artikel 1, lid 2, sub c, evenwel ook in ander opzicht weersproken: zij zou tot een verschillende behandeling der ambtenaren kunnen leiden, in die zin dat een ambtenaar die een ander bij zich thuis verzorgt, beter af zou zijn dan hij die de verzorging in een tehuis casu quo buiten de familiekring bekostigt. En omdat gelijke situaties op dezelfde wijze moeten worden behandeld, zou er derhalve, in de regel, in geen van beide gevallen een kostwinnerstoelage kunnen worden toegekend.

Ook met dit betoog ben ik het niet eens. Ik heb reeds opgemerkt dat het Statuut van de ambtenaren de opname in de familiekring wil bevorderen van bejaarde ouders met geen of weinig eigen middelen. Maar ook wie hierover anders mocht denken, zal moeten toegeven dat het in de beide door de Raad besproken gevallen niet om dezelfde situaties gaat: het opnemen van een bejaard familielid is meestal in sociaal opzicht nuttiger en in economisch opzicht minder kostbaar (men denke aan de behoefte aan een grotere kamer, medische of paramedische verzorging enz.) dan opneming in een tehuis. Maar als dat zo is, dan is een ongelijke behandeling van zulk een situatie niet slechts gerechtvaardigd, maar noodzakelijk.

5. Wij behoeven thans alleen nog te onderzoeken of in casu de voorwaarden voor toekenning van de kostwinnerstoelage aan verzoekster waren vervuld. Het antwoord op die vraag kan mijns inziens slechts bevestigend luiden.

Om te beginnen is er een „familie" in de ruime zin van artikel 1, lid 2, sub c: in confesso is dat verzoeksters moeder sedert 1978 ten huize van haar dochter te Brussel woonachtig is. Dan is er verzoek-

sters aanvaarding van de kostwinnerslasten. Ontegenzeggelijk is het maandelijks inkomen van verzoeksters moeder maar klein (zo klein dat, althans nog in 1982, de toelage voor een „gelijkgestelde" werd toegekend), hetgeen er uiteraard toe geleid heeft dat de kosten die aan het leven in gezinsverband verbonden zijn, goeddeels door de dochter worden gedragen.

6. Op grond van een en ander geef ik het Hof, in overweging de door mevrouw G. Erdini tegen de Raad van de Europese Gemeenschappen bij beroepschrift van 22 april 1983 ingestelde vordering toe te wijzen en te verstaan dat zij met ingang van 23 juli 1981, toen het desbetreffende verzoek tot de administratie werd gericht, gerechtigd is van verweerder te ontvangen de kostwinnerstoelage bedoeld in artikel 1, lid 2, sub c, van bijlage VII van het Ambtenarenstatuut.

De kosten zullen derhalve ten laste van de Raad — als in het ongelijk gestelde partij — moeten worden gebracht.