RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak 159/86 *

I — De feiten en de schriftelijke procedure

Verzoeker, onderdaan van de Bondsrepubliek Duitsland, is in 1953 in Italië geboren en aldaar sinds 1959 woonachtig.

Op 27 oktober 1975 trad hij in dienst van het Gemeenschappelijk Centrum voor Onderzoek te Ispra als tijdelijk functionaris bij de afdeling boekhouding.

Ten tijde van zijn indiensttreding kende het Statuut voor de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Statuut) enkel de ontheemdingstoelage, waarvan de toekenning primair afhing van de feitelijke wijziging van woonplaats en subsidiair van de nationaliteit.

Nadien werd bij artikel 21 van verordening (Euratom, EGKS, EEG) 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 de andere personeelsleden van deze Gemeenschappen, aan artikel 4 van bijlage VII bij het Statuut het volgende lid toegevoegd:

„2. 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."

Op de dag dat deze regeling in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* werd geplaatst (PB L 119 van 3.5.1978, blz. 1), vestigde de directeur-generaal Personeelszaken en algemeen beheer in Infor-Rapide nr. 78 de aandacht van de ambtenaren en andere personeelsleden op de invoering van de buitenlandtoelage.

Deze mededeling werd gevolgd door de verspreiding van een nieuw bericht in de Mededelingen van de administratie, „Spécial Commission", van 29 mei 1978, waarin het betrokken personeel van de Commissie, waaronder het personeel van het Gemeenschappelijk Centrum voor Onderzoek, werd uitgenodigd, bij de plaatselijke administratie een schriftelijke aanvraag in te dienen indien men meende voor de buitenlandtoelage in aanmerking te komen.

Op 12 maart 1985 diende verzoeker bij het hoofd van de afdeling Administratieve en financiële rechten een aanvraag in om toekenning van de toelage bedoeld in artikel 4, lid 2, van bijlage VII bij het Statuut.

Toen verzoeker op zijn salarisafrekening van september 1985 constateerde dat de buitenlandtoelage hem slechts was toegekend met terugwerkende kracht vanaf maart 1985, dat wil zeggen vanaf de datum van indiening van zijn verzoek, diende hij op 9 december 1985 een klacht in op grond van artikel 90, lid 2, van het Statuut. Hij stelde dat de buitenlandtoelage hem had

* Procestaal: Italiaans.

moeten worden toegekend vanaf 4 mei 1978, de datum waarop verordening nr. 912/78 van de Raad in werking was getreden.

Op 1 april 1986 verwierp het tot aanstelling bevoegd gezag de klacht, met als motivering dat de invoering van de buitenlandtoelage aan het in 1978 te Ispra werkzame personeel was bekendgemaakt, dat verzoeker bovendien destijds een exemplaar in zijn moedertaal van de verordening van de Raad had ontvangen, en dat hij vóór 12 maart 1985 nooit een verzoek bij de beheersdiensten waaronder hij viel, had ingediend, noch ook aldaar had kenbaar gemaakt dat hij aan de toekenningsvoorwaarden voor de toelage voldeed, terwijl hij ook niet met verlof van de dienst afwezig was. Het bevoegd gezag wees erop, dat het feit dat verzoeker eerst laat van de wijziging van het Statuut had kennisgenomen, slechts aan een gebrek aan opmerkzaamheid zijnerzijds te wijten was.

Tegen dit afwijzende besluit heeft verzoeker op 1 juli 1985 het onderhavige beroep ingesteld.

De schriftelijke procedure heeft een normaal verloop gehad. Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

II — Conclusies van partijen

Verzoeker concludeert dat het den Hove behage:

1) te verklaren dat de buitenlandtoelage aan verzoeker toekomt vanaf 4 mei 1978;

2) het besluit van het tot aanstelling bevoegd gezag houdende weigering het verschuldigde bedrag tot februari 1985 te betalen, nietig te verklaren;

3) verweerster in de kosten te verwijzen.

Verweerster concludeert dat het den Hove behage:

1) het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

2) subsidiair het beroep te verwerpen;

3) over de kosten te beslissen overeenkomstig het Reglement voor de procesvoering.

III — Middelen en argumenten van partijen

A — *Ontvankelijkheid*

De *Commissie* werpt tegen het beroep een exceptie van niet-ontvankelijkheid op overeenkomstig artikel 91 van het Reglement voor de procesvoering, op grond dat verzoekers klacht te laat was ingediend.

De voor verzoeker bezwarende handelingen bestaan in casu in de afwijzende besluiten waarvan elke maand opnieuw, van mei 1978 tot februari 1985, bleek uit het feit dat de buitenlandtoelage niet voorkwam op verzoekers salarisafrekening. Tegen die handelingen had verzoeker een klacht kunnen indienen krachtens artikel 90, lid 2, van het Statuut.

Door pas op 9 december 1985 zijn klacht tegen die besluiten (waarvan het laatste dateerde van 15 februari 1985) in te dienen, heeft verzoeker de termijn van artikel 90, lid 2, van het Statuut overschreden.

Het besluit van het tot aanstelling bevoegd gezag van 1 april 1986 vormde slechts de bevestiging van de voorgaande besluiten blijkend uit de salarisafrekeningen, en zette enkel de redenen uiteen voor het handhaven van die besluiten.

Deze zienswijze vindt haar rechtvaardiging in de bewoordingen van het besluit van 1 april 1986 en is in overeenstemming met de vaste rechtspraak van het Hof (zie de arresten van 15 juni 1976, zaak 1/76, Wack, Jurispr. 1976, blz. 1017; 8 mei 1973, zaak 33/72, Gunnella, Jurispr. 1973, blz. 475, en 24 juni 1971, zaak 53/70, Vinck, Jurispr. 1971, blz. 601).

Verzoeker is van mening, dat de salarisafrekening van mei 1978 redelijkerwijs niet gelijkgesteld kan worden met een afwijzend besluit enkel omdat het de kort daarvoor ingestelde buitenlandtoelage niet vermeldde. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof, in het bijzonder het arrest van 21 februari 1974 (gevoegde zaken 25 tot en met 33/73, Schots-Kortner, Jurispr. 1974, blz. 177), doet een salarisafrekening de beroepstermijn slechts aanvangen wanneer daaruit duidelijk van een administratief besluit blijkt. In casu is er enkel en alleen sprake van een stilzwijgen of nalaten van de zijde van de administratie, dat niet heeft geleid tot intrekking of verlaging van reeds bestaande emolumenten. In geen enkele rechtsorde immers, en zeker niet in de communautaire, kan aan het stilzwijgen van de administratie — zonder voorafgaande uitdrukkelijke aanmaning, aanzegging, vordering of ingebrekestelling — de strekking en het gevolg van een afwijzend besluit worden toegekend.

Voorts wordt door het afwijzend besluit van het tot aanstelling bevoegd gezag van 1 april 1986 niet het besluit blijkend uit de salarisafrekening van mei 1976 bevestigd (zoals de Commissie stelt), maar het besluit blijkend uit de afrekening van september 1985, daar op grond hiervan aan belanghebbende de toelage terugwerkend vanaf maart 1985 is betaald. Derhalve is zijn klacht tegen het besluit, blijkend uit de afrekening van september 1985, binnen de termijn ingediend. In elk geval is hem van de beweerde niet-ontvankelijkheid van de klacht — waarop de niet-ontvankelijkheid van het onderhavige beroep zou berusten — nooit mededeling gedaan, in het bijzonder niet in het afwijzend besluit van 1 april 1986. Verzoeker betwist overigens de stelling van verweerster, dat hij vóór 15 augustus 1978 een klacht had moeten indienen, daar een dergelijke klacht in feite zinloos zou zijn geweest, gezien het feit dat hij destijds eenvoudig om uitbetaling van de toelage had kunnen verzoeken.

De Commissie verwart in haar betoog de ontvankelijkheid met het geschil ten gronde, doordat zij de vraag of verzoeker de toelage op straffe van verval van recht had moeten aanvragen, en de vraag of de administratie hierin ambtshalve had moeten voorzien, door elkaar haalt.

B — *Ten gronde*

Verzoeker stelt in de eerste plaats, dat hij aan de voorwaarden voor toekenning van de buitenlandtoelage voldoet sinds de datum

van invoering, te weten 4 mei 1978, aangezien de betaling van de toelage gekoppeld is aan de omstandigheid dat het personeelslid een andere nationaliteit heeft dan die van de staat op welks grondgebied zijn standplaats is gelegen.

Immers, uit de rechtspraak van het Hof, inzonderheid zijn arrest van 16 oktober 1980 (zaak 147/79, Hochstrass, Jurispr. 1980, blz. 3005) vloeit voort, dat de buitenlandtoelage uitsluitend berust op het nationaliteitscriterium, dat objectief en expliciet is. Waar in het onderhavige geval verzoeker sinds zijn geboorte onderdaan is van de Bondsrepubliek Duitsland en de Duitse nationaliteit de enige is die hij ooit heeft bezeten, is het door verweerster gestelde over de lotgevallen van het gezin waaruit hij afkomstig is, en over zijn woonplaats bij indiensttreding irrelevant. Met name de bewering van de Commissie als zou hij „een Italiaan met een Duits paspoort" zijn, slaat nergens op.

Voorts is betwistbaar, dat de rechthebbenden zich moeten melden en kenbaar moeten maken dat zij de nationaliteit van een andere Lid-Staat hebben dan die op welks grondgebied hun standplaats is gelegen, omdat de Commissie anders niet weet welke ambtenaren aan de toekenningscriteria voor de buitenlandtoelage voldoen. Anders dan bij voorbeeld bij gezinstoelagen, die samenhangen met persoonlijke gebeurtenissen waarvan de administratie slechts door de belanghebbende op de hoogte kan worden gesteld (wijziging van de burgerlijke staat, het ten laste komen van personen, geboorte van een kind), kon het onderzoek of verzoeker voldeed aan de voorwaarden voor betaling van de buitenlandtoelage, ambtshalve plaatsvinden, aangezien zijn nationaliteit en standplaats bij de administratie officieel bekend zijn.

In dit verband is de stelling in het verweerschrift onbegrijpelijk, dat de administratie „niet noodzakelijk behoefde te weten dat verzoeker, die een Italiaanse voornaam heeft (Michele), die volledig in Italië, waar hij altijd heeft gewoond, is ingeburgerd en die de taal vloeiend spreekt, de Duitse nationaliteit had". Er zij slechts aan herinnerd, dat iedere kandidaat bij zijn aanwerving zijn nationaliteit moet opgeven en door middel van een speciale verklaring moet aantonen, en dat de Commissie periodiek een bijgewerkte personeelskaart uitgeeft met alle voor de administratieve situatie kenmerkende gegevens, alsook ieder jaar een lijst van het in dienst zijnde personeel, waarop met name ieders nationaliteit en standplaats staan vermeld. Zo staat bij voorbeeld verzoekers naam op bladzijde 46 van de huidige lijst, met als nationaliteit „D" en als standplaats „IPR". Het combineren van deze beide gegevens, waarover de Commissie van meet af aan beschikte, is meer dan voldoende voor automatische afwikkeling van de toelage, op dezelfde wijze als de automatische salarisverhoging bij de periodieke verkrijging van een hogere salaristrap en de wijziging van de aanpassingscoëfficiënt na een overplaatsing.

Het besluit van het tot aanstelling bevoegd gezag heeft tot gevolg dat verzoeker gedurende verscheidene jaren een deel van zijn bezoldiging wordt onthouden, en vormt daarmee een schending van artikel 62 van het Statuut. Evenals de overige de ambtenaar toekomende emolumenten maakt de buitenlandtoelage deel uit van de bezoldiging en ingevolge genoemde bepaling van het Statuut is het niet mogelijk van het recht erop afstand te doen. Verder kan de toelage slechts worden geweigerd of opgeschort wanneer aan de voorwaarden voor toekenning niet langer wordt voldaan, en dat enkel

in uitdrukkelijk in het Statuut voorziene gevallen (tewerkstelling op het grondgebied van een andere Lid-Staat dan die waarvan de ambtenaar onderdaan is, verlof zonder bezoldiging, oplegging van tuchtmaatregelen, enzovoort). Voorts kent het Statuut in zijn huidige vorm geen verjaring, noch ten laste van de administratie, noch ten laste van de ambtenaren. Het recht op de buitenlandtoelage moet dan ook als niet voor verjaring vatbaar worden beschouwd. Om die reden lijkt het juist dat, evenzeer als de administratie te allen tijde ambtshalve de financiële situatie van de ambtenaren kan controleren en vaststellen, dit ook kan geschieden in de verhouding tussen ambtenaren en administratie onderling, althans wanneer er geen sprake is van fraude, bedrog of ander verwijtbaar opzettelijk gedrag van de belanghebbende.

Het besluit van het tot aanstelling bevoegd gezag is tevens in strijd met artikel 16 van bijlage VII bij het Statuut, aangezien de betrokken toelage op dezelfde wijze en dezelfde tijdstippen kan en moet worden vastgesteld als de basisbezoldiging.

De bepalingen waarbij het recht op de buitenlandtoelage is ingevoerd, leggen de belanghebbenden geen enkele verplichting op waarvan verkrijging van het recht op de toelage afhankelijk is. De informatie in de Personeelskoerier had enkel het karakter van een uitnodiging zich te melden, en kan slechts worden opgevat in het belang van de ambtenaren, met het oog op een snelle betaling van de hun toekomende bedragen. Verzoeker valt geen enkele nalatigheid te verwijten, met name als men in casu de subjectieve aspecten in aanmerking neemt (goede trouw van verzoeker, volstrekt geen chicaneuze houding, toewijding veeleer aan het werk dan aan de bijbehorende economische voordelen) alsmede de objectieve (het feit dat de toelage nieuw was, dat het recht op de prestatie onmiddellijk inging, dat beperkende bepalingen in het Statuut ontbreken). Daartegenover is de nalatigheid van de administratie heel wat ernstiger en zeker gelijk te stellen met plichtsverzuim, te weten het niet tijdig ambtshalve uitbetalen van de toelage.

Het besluit vormt verder een schending van het algemene beginsel, dat verval en beperking van rechten uitdrukkelijk in de desbetreffende teksten geregeld moeten zijn. De gewraakte maatregel vindt namelijk noch zijn basis in het Statuut, noch in eventuele uitvoeringsbepalingen, en evenmin in de destijds door directoraat-generaal IX verspreide informatiebulletins, die niet een dergelijk gevolg kunnen hebben.

Het afwijzende besluit kan ook niet gegrond zijn op de door verweerster aangehaalde rechtspraak van het Hof. Deze betreft zaken met een zeer bepaalde connotatie. Zo werd in het arrest van 13 juli 1972 (zaak 90/71, Bernardi, Jurispr. 1972, blz. 603) de verzoeker verweten een loyaliteitsverplichting te hebben geschonden door zich te beroepen op het ontbreken van een beoordelingsrapport dat hij zelf had achtergehouden. Zo ook verwierp het Hof in zijn arrest van 14 december 1966 (zaak 3/66, Alfieri, Jurispr. 1966, blz. 632) het beroep van een ambtenaar die opzettelijk had nagelaten een vertrouwensarts aan te wijzen als lid van een invaliditeitscommissie en die vervolgens de geldigheid van de procedure in geding bracht. Het arrest van 15 juni 1976 (zaak 1/76, Wack, Jurispr. 1976, blz. 1017) betrof een geval waarin geen ontheemdingstoelage werd betaald omdat de ambtenaar bij indiensttreding niet aan de voor toekenning vereiste voorwaarden voldeed. In de arresten van 11 juli 1979

(zaak 252/78, Broe, Jurispr. 1979, blz. 2393) en 9 maart 1978 (zaak 54/77, Herpels, Jurispr. 1978, blz. 585) ten slotte werd vastgesteld dat de Commissie het onverschuldigd betaalde rechtmatig ten laste van de ambtenaar kon terugvorderen, in omstandigheden tegengesteld aan die in het onderhavige geval.

Het afwijzende besluit is, aldus verzoeker, van een buitensporige gestrengheid als men bedenkt, dat zowel de afdeling Administratie en personeel te Ispra als de afdeling Administratieve en financiële rechten te Brussel zich positief hebben opgesteld ten aanzien van betaling van de achterstallige bedragen. Hij wijst er in dit verband op, dat in de mededeling van 13 maart 1985 van de afdeling Administratie en personeel te Ispra zelfs de juiste technische oplossing wordt aangegeven, te weten boeking met terugwerkende kracht van de betalingen op het onderzoeksbudget van de jaren 1978 tot en met 1983.

De hem opgelegde sanctie — of het onthouden van rechten als gevolg hiervan — is kennelijk onevenredig en onrechtvaardig. De enige economische sanctie die verzoeker juridisch gerechtvaardigd acht, is het te laat uitbetalen van de verschuldigde bedragen zonder enige vermeerdering met vertragingsrente, gezien het feit dat rente traditioneel slechts wordt vergoed op verzoek van belanghebbende.

De *Commissie* betwist niet, dat verzoeker voldoet aan de voorwaarden voor de buitenlandtoelage en dat toekenning uitsluitend berust op het nationaliteitscriterium, dat, zoals het Hof het heeft omschreven in het arrest van 16 oktober 1980 (zaak 147/79, Hochstrass, Jurispr. 1980, blz. 3005), de verdienste heeft dat het uniform en objectief is en rechtstreeks verband houdt met het doel van de regeling.

Het Hof heeft in dat arrest niettemin nader omschreven, dat het karakter van de buitenlandtoelage met name is „de nadelen te compenseren die ambtenaren ondervinden op grond van hun status van vreemdeling", en dat die nadelen bestaan uit „zowel feitelijk als rechtens een aantal bezwaren... op het vlak van de burgerschapsrechten, het familieleven, het onderwijs, het culturele leven en de politiek, die de autochtone onderdanen niet kennen".

Zich op deze overwegingen baserend brengt de Commissie naar voren, dat verzoeker in 1953 in Italië is geboren, aldaar steeds woonachtig is geweest, er tot 1973 de school heeft bezocht en er gewerkt heeft tot 27 oktober 1975, en dat hij daardoor zo weinig ontheemd is in Italië, dat hij geen enkel nadeel meer ondervindt van zijn status als vreemdeling. Zijn aanpassing aan het gastland en aan zijn Italiaanse collega's is zo sterk, dat hij vergeet dat hij Duits onderdaan is. Het is dan ook terecht dat de Commissie — welker diensten tot tweemaal toe de aandacht van alle ambtenaren hebben gevestigd op de herziening van het Statuut in 1978, en die niet per se kon weten dat verzoeker de Duitse nationaliteit had — hem de buitenlandtoelage slechts vanaf de dag van aanvraag heeft uitgekeerd.

De door het tot aanstelling bevoegd gezag in zijn besluit van 1 april 1986 gekozen oplossing kan financieel gezien zeer streng lijken, in zoverre zij een ambtenaar van bescheiden rang treft. Zij is echter niet als straf bedoeld, maar is slechts het rechtstreeks gevolg van de passiviteit dan wel nalatigheid van verzoeker. Gesteld dat in de

vermogensrechtelijke situatie van verzoeker sprake is geweest van een onregelmatigheid, dan nog vloeit uit 's Hofs arrest van 13 juli 1972 voort (zaak 90/71, Bernardi, Jurispr. 1972, blz. 603), dat hij zich niet kan beroepen op een onregelmatigheid die het gevolg is van zijn eigen gedrag.

Overigens is in 's Hofs rechtspraak steeds duidelijk verklaard dat wanneer een administratie zelfs verscheidene jaren lang een dwaling begaat, het er niet om gaat „of de dwaling al dan niet evident was voor de administratie, maar of dit zo was voor verzoeker, en de situatie van een administratie die de betaling van duizenden salarissen en allerlei soorten toelagen moet verzorgen, kan niet worden vergeleken met die van een ambtenaar die er een persoonlijk belang bij heeft de maandelijks aan hem verrichte betalingen te controleren" (arrest van 11 juli 1979, zaak 252/78, Broe, Jurispr. 1979, blz. 2393). Het was derhalve aan verzoeker om al in 1978 zijn specifieke situatie te melden aan de administratie van het Gemeenschappelijk Centrum voor Onderzoek.

Met betrekking tot de beweerde schending van artikel 62 van het Statuut dient om te beginnen te worden vastgesteld, dat verzoeker nooit afstand heeft gedaan van zijn recht op de buitenlandtoelage en dat hem deze is toegekend zodra het tot aanstelling bevoegd gezag kennis van zijn feitelijke situatie had gekregen. Daarmee heeft dat gezag gehandeld in overeenstemming met het door het Hof in zijn arrest van 9 maart 1978 (zaak 54/77, Herpels, Jurispr. 1978, blz. 585) erkende beginsel, dat intrekking met terugwerkende kracht van een onrechtmatig of onjuist besluit in het algemeen aan zeer strenge voorwaarden is onderworpen, terwijl daarentegen de opheffing van zodanig besluit voor de toekomst te allen tijde mogelijk blijft. Anderzijds is de stelling dat de betrokken toelage onaantastbaar is, onnauwkeurig. Op dezelfde wijze als de ontheemdingstoelage en de gezinstoelagen, die deel uitmaken van de bezoldiging, kan de buitenlandtoelage worden ingetrokken indien de ambtenaar niet meer aan de voorwaarden voldoet. Zo wordt zij ook voor de toekomst toegekend aan degene die aan de voorwaarden voldoet, en wel vanaf het moment dat hij daarvan op de hoogte wordt gesteld.

Het middel ontleend aan schending van artikel 16 van bijlage VII bij het Statuut, is evenmin gegrond, aangezien deze bepaling, inzonderheid lid 3, uitsluitend betrekking heeft op de ontheemdingstoelage. De buitenlandtoelage wordt er niet in genoemd.

J. C. Moitinho de Almeida
rechter-rapporteur