På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (første afdeling)

1. **Sagsøgte frifindes.**

2. **Hver part bærer sine omkostninger.**

Bosco Donner O'Keeffe

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. marts 1978.

A.Van Houtte
Justitssekretær

G. Bosco
Formand for første afdeling

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT H. MAYRAS FREMSAT DEN 16. FEBRUAR 1978 [1]

Høje Ret.

Antoon Herpels, som er belgier og født i Wevelgem den 24. januar 1933, tiltrådte sin tjeneste ved EKSF's Høje Myndighed i Luxembourg i september 1961 som tjenestemand på prøve i lønklasse A 8. Inden han tiltrådte, havde han boet to år i byområdet Bruxelles i Ixelles. Dér havde han i øvrigt først arbejdet som journalist ved den nederlandsk-sprogede afdeling af belgisk radio og tv, og derefter havde han virket som presseattaché i premierministerens sekretariat i Bruxelles.

Han blev gift den 14. november 1959, lod sig indskrive i folkeregisteret i Ixelles kommune og anmeldte dér sit første barns fødsel den 4. januar 1961.

Således var hans familiebopæl, inden han blev ansat ved Den høje Myndighed, utvivlsomt Ixelles. Dog lod sagsøger en bopæls og nationalitetsattest udfærdige af borgmesteren i Wevelgem, en by, hvor hans forældre stadig boede. Denne attest, som er dateret den 19. september 1961, angiver, at den pågældende har boet i Welvelgem siden

1 — Oversat fra fransk.

den 15. september 1961. Men han påbegyndte faktisk sit arbejde i Luxembourg den 18. september 1961.

Uanset om man dengang mente, at sagsøgers tidligere reelle bopæl var Ixelles eller hans hjemsted var Wevelgem, havde han under alle omstændigheder ret til det såkaldte tilskud til dobbelt husførelse, som siden er erstattet af udlandstillægget.

Der var altså først ved sagsøgers forflyttelse til Kommissionen i Bruxelles i juni 1968, at problemet om fratagelse af udlandstillægget under de dagældende bestemmelser, som jeg senere skal behandle, normalt ville opstå. Men sagsøgers ret til dette tilskud belv opretholdt: Der kan fremføres to begrundelser som forklaring herpå. Enten mente Kommissionens tjenestegrene med urette, at sagsøgers reelle bopæl, inden han tiltrådte sin tjeneste ved Den høje Myndighed, var Wevelgem, et sted, der ligger over 25 kilometer fra Bruxelles, som var sagsøgers nye tjenestested, eller også — og det er den sandsynligste begrundelse — har man forvekslet sagsøgers »hjemsted«, nemlig netop Wevelgem, med »bopælsstedet« på ansættelsestidspunktet, nemlig Bruxelles, idet disse to oplysninger i hele perioden fra 1968 til 1970 forefandtes i den pågældendes akter. Opretholdelsen af udlandstillægget skyldtes altså en materiel fejl fra Kommissionens side.

Denne situation havde fortsat kunnet bestå, hvis ikke det ved en kontrol, foretaget af generaldirektoratet for finanskontrol, var blevet klart, at dette lønmæssige forhold var ulovligt, og generaldirektoratet havde følgelig afslået at give påtegning.

Dette var grunden til, at kontorchefen for »personlige rettigheder og privilegier« ved skrivelse af 19. januar 1976 meddelte sagsøger, at han fra dags dato ikke længere ville kunne få udbetalt udlandstillæg. Rent faktisk blev udbetalingen af dette tillæg stillet i bero i januar og februar 1976, men beløbet blev indbetalt på en særlig konto. Først fra marts 1976 forsvandt tilskuddet fra den pågældendes lønseddel.

Herefter kommer en periode med klager fra Herpels og to svar fra Kommissionen herpå.

Sagsøger indgav først den 7. april 1976 i medfør af Tjenestemandsvedtægtens artikel 90, stk. 2 en første klage, registreret den 12. april s.å. hvori han påstod annullation, altså tilbagekaldelse ex tunc af den første afgørelse om ophævelse af udlandstillægget.

Men samtidig, nærmere betegnet den 8. april, meddelte generaldirektøren for personale og administration sagsøger, at han efter en fornyet undersøgelse af hans forhold måtte opretholde den første afgørelse om fratagelse, men at han havde bestemt at yde sagsøger et personligt udligningstillæg, som skulle udligne tabet af udlandstillægget, indtil det var blevet udlignet ved fremtidige lønforhøjelser.

Sagsøger indbragte herefter den 28. juni 1976 en ny klage mod denne afgørelse og krævede, at generaldirektørens afgørelse blev ophævet.

Den 27. januar 1977 besvarede Kommissionen endelig selv Antoon Herpels' to på hinanden følgende klager med en skrivelse underskrevet af et af dens medlemmer. Svaret bekræfter de tidligere afgørelser og præciserer, at afviklingen af udligningstillægget kun kan ske ved almindelige lønforhøjelser, men ikke ved forhøjelser af vederlaget i kraft af forøgelsen af den pågældendes forsørgerbyrder.

Efter denne sidste og udtrykkelige afgørelse anlagde sagsøger sag ved Domstolen den 26. april 1977.

Kommissionen har nedlagt en generel afvisningspåstand, under henvisning til at fristen for indgivelsen af søgsmål i medfør af Vedtægtens artikel 90 er overskredet.

Sagsøgte gør gældende, at kun den første afgørelse af 19. januar 1976 inde-

holdt en afgørelse og indebar et klagepunkt. Denne afgørelse fra kontorchefen for »personlige rettigheder og privilegier« blev øjeblikkeligt gennemført ved suspension af udlandstillægget; sagsøger har indbragt en administrativ klage mod denne afgørelse inden for den i artikel 90 fastsatte frist.

Men da Kommissionen ikke besvarede denne klage, måtte den stiltiende afvisning heraf være en kendsgerning den 12. august 1976, og sagsøger burde altså have anlagt sag ved Domstolen senest den 21. november s.å., eller med andre ord inden tre måneder. Da sagsøgers søgsmål først blev registreret den 27. april 1977, er sagen anlagt for sent og må derfor afvises.

Jeg kan ikke godkende denne begrundelse. Først og fremmest er der nemlig ikke taget hensyn til, at generaldirektøren for personale og administration den 8. april 1976, altså endog inden registreringen af den første administrative klage, efter en fornyet grundig undersøgelse af sagsøgers forhold, ikke kun bekræftede afgørelsen fra den kompetente afdelings kontorchef, men traf en ny afgørelse, idet han tildelte Antoon Herpels et udligningstillæg.

Jeg mener ikke, at de to bestanddele i denne afgørelse kan adskilles; altså er den ikke kun en bekræftelse; afgørelsen indeholder et nyt forhold og kunne suspendere søgsmålsfristen, ligesom sagsøger kunne indbringe en ny klage efter Vedtægtens artikel 90, hvilket han også gjorde, og den nye klage blev registreret den 30. juni s.å.. Men selv om det antages, at den anden klage blev indbragt »for alle tilfældes skyld« og »uden præjudice« for den første, er det en kendsgerning, at klagen var rettet mod den afgørelse, som generaldirektøren for personale og administration traf efter en ny undersøgelse. Følgelig indebar denne, at der løb en ny søgsmålsfrist, nemlig indtil den 30. januar 1977.

Vi véd imidlertid, at Kommissionen selv, efter at have taget sagen op den 27. januar, altså inden udløbet af nævnte frist, på ny behandlede sagsøgers krav og ændrede betingelserne for tildeling af det ham tilkendte udligningstillæg, således at de blev gunstigere for ham.

Følgelig mener jeg, at den sag, som sagsøger har anlagt ved Domstolen den 26. april 1977, eller inden tre måneder efter den udtrykkelige afgørelse fra Kommissionen, kan påkendes i realiteten.

Jeg kan altså straks behandle sagens realitet og foreløbig vente med at behandle påstanden om tilkendelse af en erstatning på 15 000 FB for advokatsalær, som sagsøger har måttet betale under den forudgående behandling af sagen i administrationen.

Først må de anfægtede afgørelser undersøges, for så vidt angår fratagelsen af sagsøgers ret til udlandstillæg. Tillægget er ikke ved disse afgørelser tilbagekaldt ex tunc; de ophæver alene tillægget og fjerner det altså kun for fremtiden.

For så vidt angår den første af stævningens søgsmålsgrunde drejer det sig altså først om at undersøge, om en sådan ophævelse var lovlig. Sagsøger har støttet sin første søgsmålsgrund på en påstået overtrædelse af artikel 97, stk. 4 i Vedtægten for EKSF's tjenestemænd, hvorefter sagsøger ved sin forflyttelse til Bruxelles har haft ret til det udlandstillæg, som han under sin tjeneste i Luxembourg havde oppebåret.

Det hedder i bestemmelsen, som fortsat er i kraft i medfør af artikel 2, sidste afsnit i den fælles rådsforordning for de tre Fællesskaber af 29. februar 1968: »opfylder en tjenestemand, som i medfør af artikel 93 er overgået til tjenestemandsansættelse, på grund af ændring af den pågældendes tjenestested ikke længere betingelserne i artikel 4 i bilag VII for at oppebære udlandstillæg, bevarer han dog retten hertil, såfremt han i medfør af den tidligere

vedtægt for EKSF's personale havde ret til tilskud til dobbelt husførelse«.

Det er ikke bestridt, at denne bestemmelse gjaldt for sagsøger, som er tidligere tjenestemand ved EKSF, men det må desuden kræves, at han efter den tidligere vedtægt havde ret til at bevare udlandstillægget.

Og her mener jeg, at Kommissionen har ret i sin opfattelse.

Sagen bør nemlig afgøres på grundlag af artikel 9 i det tidligere almindelige regulativ af 1956 for Kul- og Stålfællesskabet, hvori det bl.a. hedder:

litra b) »tjenestemænd, der som følge af ny placering må tage fast bopæl på et sted, som befinder sig mindre end 25 kilometer fra det sted, hvor de boede inden deres tiltræden af tjenesten, fortaber den ovenfor i litra a) nævnte ret til tilskud«,

altså til tilskuddet til dobbelt husførelse, senere kaldet udlandstillæg.

I artikel 47 i Personalevedtægten for Fællesskabet, hvilken denne gennemførelsesbestemmelse refererer til, hedder det nemlig, at der ydes tilskud til dobbelt husførelse til ansatte, som inden deres tiltræden af tjenesten (i Fællesskabet) i over seks måneder har haft varig bopæl på et sted, der befinder sig mere end 25 kilometer fra institutionen (deres arbejdssted).

En sammenligning af disse bestemmelser fører til, at sagsøger efter sin forflyttelse til Bruxelles i 1968 kun havde et retmæssigt krav på fortsat at oppebære udlandstillæg, hvis hans bopæl i de sidste seks måneder før hans tiltræden af tjenesten ved Den høje Myndighed i september 1961 lå mere end 25 kilometer fra Bruxelles — som er hans arbejdssted — idet dette tjenestested såvel i medfør af artikel 20 i Vedtægten for tjenestemænd i De europæiske Fællesskaber som efter artikel 47, stk. 3 i Vedtægten for EKSF, er det eneste tjenestested, som skal tages i betragtning.

Det fremgår imidlertid af det resumé af sagens omstændigheder, som jeg har givet i indledningen til mit forslag til afgørelse, at sagsøgers egen og hans families bopæl først var i Bruxelles og havde været det allerede fra afslutningen af hans studier i 1959 og fra det tidspunkt, da han påbegyndte sit arbejde på BRT (belgisk radio og tv, nederlandsksproget afdeling), og siden arbejdet i premierministerens sekretariat. Den omstændighed, at sagsøger i hvert fald fra sin indgåelse af ægteskab har opgivet familiens bopæl som Ixelles, der hører under Bruxelles, ændrer intet herved. Dette bekræftes klart af sagens dokumenter: det var i Ixelles, at sagsøger efter national lovgivning blev optaget i folkeregisteret; det var i den selv samme kommune, at hans første barn blev født.

Denne situation varede henved to år, altså betydeligt længere end tidsrummet på seks måneder i artikel 47 i den tidligere vedtægt, og først da sagsøger på grund af sin ansættelse i EKSF fik tjenestested i Luxembourg, forlod han byområdet Bruxelles. Sagsøger havde altså i dette tidsrum inden sin ansættelse boet under 25 kilometer fra sit nye tjenestested i 1968.

Sagsøger har bestridt denne sagsfremstilling, som hviler på ubestridelige objektive forhold. Han har dog til støtte for indsigelsen kun fremført en attest for sin optagelse i folkeregisteret i Wevelgem, som ligger mere end 25 kilometer fra Bruxelles, men som allerede påvist fremgår det udelukkende af den pågældende attest, der er udfærdiget den 19. september 1961 — altså på et tidspunkt, da sagsøger allerede havde påbegyndt sit arbejde i Luxembourg — at han boede i Wevelgem nogle dage, inden han flyttede til sit første tjenestested.

I øvrigt er det faktisk forældrenes bopæl, der var grundlaget for hans optagelse i folkeregisteret, og hvis Wevelgem skal betragtes som hans hjem-

sted, er der ingen som helst tvivl om, at dette sted ikke var og heller ikke i to år havde været det sted, hvor han faktisk boede, så lidt som det havde været det sted, hvor han havde sit arbejde.

Også selv om man antager, at Herpels hermed ville vise, at det var hans hensigt at bevare en forbindelse til sit hjemsted samt sine bånd til den kommune, hvor hans forældre boede, er dette i sig selv ikke tilstrækkeligt til at opveje alle de til fulde fastslåede kendsgerninger, som viser, at hans faktiske bopæl siden 1959 lå i byområdet Bruxelles.

Følgelig kunne han ikke retmæssigt under hensyn til de bestemmelser, som jeg har citeret, ved sin forflyttelse til Bruxelles i 1968 gøre krav på fortsat at oppebære udlandstillæg. Den fortsatte udbetaling heraf til sagsøger var ulovlig. Den skyldes kun en materiel fejl begået af Kommissionens tjenestegrene.

Det er ganske vist korrekt, at sagsøgers *»hjemsted«* i en »note til akterne« fra EKSF's Høje Myndighed, dateret Luxembourg, den 28. september 1961 under nr. E 3 (og ikke dateret 4. 10. 1961 som oplyst i retsmødet), udtrykkeligt blev angivet som Wevelgem. Den pågældende note indeholder ingen anden henvisning til sagsøgers bopæl inden hans ansættelse.

Sagsøgers advokater ser heri et bevis for, at der efter Vedtægten af 1956, som gjaldt for EKSF's tjenestemænd, overhovedet ikke skelnedes mellem hjemsted og bopæl inden ansættelsen.

Først efter vedtagelsen af Rådets forordninger nr. 11/62 og 31/62, som fastsætter den almindelige vedtægt for tjenestemænd i de tre Fællesskaber, indførtes en sondring mellem hjemsted og indkaldelsessted, som defineredes som det sted, hvor den pågældende havde sin sædvanlige bopæl ved tiltræden af tjenesten. Denne sondring blev præciseret ved cirkulære nr. 212 af 14. april 1965.

Herefter, i 1968, blev hjemstedet ved en meddelelse til personalet af 16. september alene antaget for at være indkaldelsesstedet, som er det sted, hvor den pågældende havde sin sædvanlige bopæl ved sin tiltræden af tjenesten.

I denne sag skal man imidlertid udelukkende holde sig til Vedtægten af 1956 og antage, at Den høje Myndighed i 1961 lovligt havde kunnet gå ud fra, at sagsøgers hjemsted, eller Wevelgem, også var sagsøgers sædvanlige bopæl, hvortil han havde et stærkt tilhørsforhold efter den tidligere vedtægt.

Selv om dette ræsonnement slår til med hensyn til tildelingen af tilskud til dobbelt husførelse ved sagsøgers ansættelse ved Den høje Myndighed i Luxembourg i 1961, kan det dog ikke gøres gældende ved hans forflyttelse til Bruxelles i 1968, som fandt sted, medens vedtægten af 1968 var i kraft. Ganske vist bevarer tjenestemænd i EKSF, som overgik til tjenestemandsansættelse i medfør af EKSF-vedtægtens artikel 93, retten til udlandstillæg, »såfremt de i medfør af den tidligere vedtægt for EKSF's personale havde ret til tilskud til dobbelt husførelse«.

Men som jeg har påpeget det ovenfor, præciserer Vedtægtens artikel 47, at der kun kan ydes tilskud til dobbelt husførelse til ansatte, som inden deres tiltræden af tjenesten *»har haft varig bopæl«* over seks måneder på et sted, som befinder sig mere end 25 kilometer fra deres arbejdssted. Begrebet hjemsted spiller altså ingen rolle i denne forbindelse. Der lægges kun vægt på begrebet sædvanlig bopæl i et tidsrum, som er længere end seks måneder inden ansættelsen. Med andre ord kan noten af 28. september 1961, som er indsat i sagsøgers personlige aktsamling, og som kun angår hans hjemsted, ikke have nogen betydning for sagens løsning.

Herefter må jeg behandle stævningens anden og tredje søgsmålsgrund, som støttes på tilsidesættelsen af princippet om en »velerhvervet ret« og »en beret-

tiget forventning«. I så henseende er det som anført vigtigt at sondre mellem *ophævelsen,* altså en fratagelse ex nunc af en ulovligt bevilget fordel, og *tilbagekaldelsen ex tunc af en sådan retsakt.*

I national retspraksis gælder der en frist som betingelse for tilbagekaldelse af en ulovlig retsakt: enten en søgsmålsfrist eller en rimelig frist, men en almindelig ophævelse af en ulovlig tildelt fordel er ikke derimod underlagt en sådan betingelse.

I så henseende kan der i fællesskabsretspraksis anføres tre domme.

Først har Domstolen i dommen i sagen Algera m.fl. af 12. juli 1957, forenede sager 7/56 og 3-7/57 (Sml. 1954-1964, s. 45; org.ref. Recueil 1957, s. 80) tiltrådt princippet om tilbagekaldelse — altså inddragelse af en ulovlig administrativ retsakt — »når manglende objektiv hjemmel for retsakten påvirker den pågældendes individuelle rettighed og begrunder tilbagekaldelse af retsakten«, men samtidig gjorde Domstolen tilbagekaldelsen ex tunc afhængig af en frist.

I dommen i Simon-sagen af 1. juni 1961, sag 15/60 (Sml. 1954-1964, s. 253; org.ref. Recueil 1960, s. 222), som netop vedrørte fratagelse af det tilskud til dobbelt husførelse, som tidligere var udbetalt til sagsøger, præciserede Domstolen under omstændigheder, der minder meget om de foreliggende, sin opfattelse, nu ikke længere angående annullation, men blot fjernelse af en ulovlig individuel retsakt:

Domstolen statuerede udtrykkeligt: »Erkender forvaltningsmyndigheden, at en vis ydelse er blevet tilstået som følge af en fejlagtig fortolkning af en bestemmelse, er den beføjet til at ændre sin tidligere beslutning; ... tilbagekaldelsen på grund af retsstridighed medfører endog, selv om den i visse tilfælde på grund af velerhvervede rettigheder ikke har annullationsvirkning ex tunc, *altid* denne virkning ex nunc«.

Det var det samme som at tiltræde, at fratagelse, ophævelse ex nunc af en ulovligt ydet fordel altid kunne ske uden overholdelse af nogen frist.

Denne sondring er nylig blevet gentaget i dommen i Elz-sagen af 24. juni 1976, sag 56/76 (Sml. 1976, s. 1097). Sagsøger bestred et afslag på fortsat at indrømme ham en fordel, som han havde haft i otte år. Domstolen statuerede, at »tilbagekaldelse ex nunc, altså ophævelsen af en sådan ydelse som følge af et efter Vedtægten ulovligt forhold, ikke er et indgreb i princippet om overholdelse af velerhvervede rettigheder«.

Under hensyn til denne retspraksis kan jeg med Kommissionen antage, at en ulovlig retsakt ikke kan være hjemmel for en uantastelig velerhvervet rettighed, og at kravet om en rimelig frist kun kan tiltrædes i sager, hvor der er tale om tilbagekaldelse ex tunc.

Jeg mener altså ligeledes, at den omstændighed, at Antoon Herpels i mere end syv år ulovligt har fået udbetalt udlandstillæg, ikke er til hinder for administrationens ret til at ophæve dette, at udbetalingen skyldes almindelig administrativ passivitet eller forsømmelighed eller en retsakt, som er ulovlig efter Vedtægtens bestemmelser.

Tilbage er kun at behandle formaliteten, subsidiært spørgsmålet om, hvorvidt der er grundlag for sagsøgers påstand om en erstatning på 15 000 FB for de udgifter til juridisk bistand, som sagsøger har afholdt under sagens behandling i administrationen, altså med henblik på udarbejdelse af klagerne til Kommissionen.

Det er første gang, at dette krav stilles i sagen. Det forefindes hverken i den første eller den anden administrative klage. Det er ganske uden forbindelse med tvisten i hovedsagen, som vedrører bevarelse af udlandstillæg. Det er et nyt krav, opstået under en sag, som juridisk set er en anden. Da proceduren efter artikel 90 herefter ikke er blevet fulgt

desangående, kan det nævnte erstatningskrav ikke påkendes i realiteten.

Hvis Domstolen ikke er enig heri, må den efter min mening frifinde sagsøgte. Først fordi udgifter til konsultation af en advokat, medens klagesagen verserer i administrationen, nemlig må adskilles fra advokatudgifterne i forbindelse med et søgsmål ved Domstolen, som træffer afgørelse om sagsomkostningerne i medfør af procesreglementet.

Medens der er advokattvang ved direkte søgsmål ved Domstolen, gælder dette ikke under en klagesag efter Vedtægtens artikel 90. Her er der tværtimod tale om en drøftelse mellem tjenestemanden, som handler personligt, og administrationen. Udformningen af en eller flere klager forud for et sagsanlæg ved Domstolen foretages af den ansatte selv. Således fungerer denne administrative fase da normalt også i praksis.

Selv om man naturligvis ikke kan forbyde en tjenestemand at indhente råd hos en advokat allerede på det tidspunkt, sker det på tjenestemandens eget initiativ, og hans valg kan ikke under nogen omstændigheder komme den pågældende institution til skade.

Da der her foreligger en erstatningssag, skal der i øvrigt også være en årsagssammenhæng mellem den påståede lidte skade og en culpøs handling fra institutionens side. Det er klart, at en sådan ikke består, og sagsøgte må derfor frifindes.

Af disse grunde fremsætter jeg følgende forslag til afgørelse:

— frifindelse af sagsøgte;

— hver part bærer sine omkostninger i medfør af procesreglementets artikel 70.