FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT H. MAYRAS FREMSAT DEN 10. JULI 1980 [1]

Høje Domstol.

Artikel 4, stk. 1, litra a), i bilag VII til vedtægten for tjenestemænd i De europæiske Fællesskaber bestemmer, at et udlandstillæg på 16 % af lønnen gives:

»den tjenestemand, der

— ikke har eller har haft statsborgerskab i den stat, på hvis område han gør tjeneste, og

— i den femårsperiode, der udløber 6 måneder før hans tiltrædelse af tjenesten, hverken har udøvet sit hovederhverv eller haft bopæl på en varig måde på statens europæiske område. . .«.

Artikel 21, stk. 2, i Rådets forordning nr. 912/78 af 2. maj 1978 om ændring af vedtægten for tjenestemænd i De europæiske Fællesskaber og ansættelsesvilkårene for de øvrige ansatte (EFT L 119 af 3. 5. 1978, s. 1) supplerer bl. a. ovennævnte artikel 4 ved indsættelse af et stk. 2, hvis ordlyd er følgende:

»Den tjenestemand, der ikke har eller har haft statsborgerskab i den stat, på hvis område hans tjenestested er beliggende, og som ikke opfylder de i stk. 1 anførte betingelser, har ret til et særligt udlandstillæg svarende til en fjerdedel af udlandstillægget«.

Ved gennemførelsen af denne bestemmelse besluttede Domstolens personaleafdeling den 16. maj 1978 at udbetale det særlige udlandstillæg fra den 4. maj 1978 til de ydelsesberettigede tjenestemænd.

Sagsøgeren, som er tjenestemand i lønklasse B4, i Domstolens tjeneste siden 1953, og som siden sin fødsel udelukkende har haft luxembourgsk statsborgerskab, har den 8. november 1978 indgivet en ansøgning til ansættelsesmyndigheden i medfør af vedtægtens artikel 90, stk. 1, med henblik på ydelse af det særlige udlandstillæg. Denne ansøgning blev afvist ved skrivelse fra Domstolens justitssekretær af 16. januar; skrivelsens indhold blev meddelt sagsøgeren den 7. marts 1979.

Den 11. maj 1979 indgav sagsøgeren en administrativ klage mod denne afvisning i medfør af vedtægtens artikel 90, stk. 2, som atter blev afvist den 22. juni 1979 ved afgørelse fra Domstolens præsident som ansættelsesmyndighed.

Dernæst anlagde sagsøgeren sag ved Domstolen den 21. september 1979 med følgende påstand: sagen antages til realitetsbehandling; det statueres, at bestemmelsen i artikel 21, stk. 2, i Rådets forordning nr. 912/78 er ugyldig, og følgelig annulleres Domstolens afgørelse af 22. juni 1979.

Ansættelsesmyndigheden, dvs. sagsøgte, samt Rådet og Kommissionen, som er

1 — Oversat fra fransk.

intervenienter i sagen, nedlægger derimod følgende påstand: sagen afvises eller i hvert fald frifindelse af sagsøgte, og det pålægges sagsøgeren at afholde sagens omkostninger.

Min stilling i denne sag er følgende:

Sagsøgte samt intervenienterne støtter i første række påstanden om afvisning på sagsøgerens manglende søgsmålsinteresse. Endvidere påstår Kommissionen sagen afvist under hensyn til, at sagsøgeren ikke har indgivet sin administrative klage i medfør af vedtægtens artikel 90, stk. 2, inden for den i denne bestemmelse fastsatte frist. Kommissionen er af den opfattelse, at når en bestemmelse ikke overlader forvaltningen noget skøn, er der ikke anledning til at anvende proceduren i vedtægtens artikel 90, stk. 1, og der er kun anledning til en administrativ klage i medfør af stk. 2 i samme artikel mod de individuelle foranstaltininger, der indebærer et klagepunkt. Man kan se en sådan foranstaltning i afvisningen af at yde sagsøgeren det særlige udlandstillæg ved gennemførelsen af den anfægtede bestemmelse, som blev bragt til Domstolens personales kundskab den 10. maj 1978. Spørgsmålet om, hvorvidt klagen er indgivet inden for fristen, vil derfor afhænge af datoen for det særlige udlandstillægs første udbetaling.

Desuden er denne sidste fortolkning, og dette problem vil jeg behandle i første omgang, allerede i modstrid med ordlyden af vedtægtens artikel 90. Den omstændighed, at en almindelig bestemmelse ikke anvendes på et individuelt tilfælde, uden at der foreligger en anmodning herom, kan hverken opfattes som en almindelig foranstaltning eller som en individuel foranstaltning, der indebærer et klagepunkt, truffet af forvaltningen i medfør af vedtægtens artikel 90, stk. 2. Endvidere er ydelsen af et særligt udlandstillæg til den kategori af personer, der er omfattet af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 912/78, heller ikke en individuel foranstaltning, der kan indebære et klagepunkt mod tredjemand. I stedet for står det enhver person, der er omfattet af tjenestemandsvedtægten (som det fremgår af artikel 90, stk. l's ordlyd), frit for at forelægge ansættelsesmyndigheden en ansøgning om at træffe en beslutning for sit vedkommende. Den af ansættelsesmyndigheden trufne udtrykkelige eller stiltiende afvisning berettiger derfor en administrativ klage ved anvendelse af vedtægtens artikel 90, stk. 2.

Sagsøgeren har imidlertid indgivet en klage mod afvisningen inden for den frist, der er fastsat i denne bestemmelse, og han har oven i købet ligeledes anlagt sag inden for den frist, der er fastsat i vedtægtens artikel 90, stk. 3, og dermed rettidigt.

Sagsøgte samt intervenienterne er endvidere af den opfattelse, at søgsmålet bør afvises stadig under henvisning til manglende søgsmålsinteresse, idet sagsøgeren ikke har nogen personlig interesse, hverken direkte eller potentiel, i en annullation af afgørelsen. Selv såfremt Domstolen skulle erklære den anfægtede bestemmelse uanvendelig, vil sagsøgeren ikke have nogen ret til det særlige udlandstillæg, fordi det, så vidt man kan forudse, vil være fuldstændig usandsynligt, at Rådet ændrer den pågældende bestemmelse til sagsøgerens fordel. En blot moralsk interesse i annullationen af en bestemmelse er ikke en tilstrækkelig søgsmålsinteresse.

Sagsøgeren hævder derimod at have interesse i den pågældende bestemmelses annullation, hvilket enten vil føre til ophør af det urimelige og forskelsbe-

handlende retlige forhold eller til vedtagelsen af en bestemmelse, som vil være fordelagtig for ham.

Disse af parterne fremførte argumenter, som klart blotlægger den snævre forbindelse mellem det anførte anbringende om afvisning af søgsmålet og om søgsmålets berettigelse, berettiger efter min opfattelse, idet jeg henviser til forskellige domme afsagt i tjenestemandssager, at jeg straks går over til en realitetsbehandling af søgsmålet (jf. sag 126/75, Giry mod Kommissionen, dom af 27. 10. 1977, Sml. s. 1937; sag 95/76, Bruns mod Kommissionen, dom af 15. 12. 1977, Sml. s. 2401; sag 122/77, Agneessens m.fl. mod Kommissionen, dom af 26. 10. 1978, Sml. s. 2085; sag 142/78, Bergmanns mod Kommissionen, dom af 11. 10. 1979, Sml. s. 3125).

Sagsøgeren, som har nedlagt påstand om annullation af ansættelsesmyndighedens afvisning af 22. juni 1979, gør først i overensstemmelse med artikel 184 i EØF-traktaten gældende, at artikel 21, stk. 2, i Rådets forordning nr. 912/78, på grundlag af hvilken denne afgørelse er truffet, er ugyldig. Ifølge sagsøgeren er den anfægtede bestemmelse, der forbeholder det heri nævnte særlige udlandstillæg for tjenestemænd, som ikke har statsborgerskab i den stat, på hvis område deres tjenestested er beliggende, og som ikke har ret til udlandstillæg, i strid med det almindelige forbud i fællesskabsretten mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og som især finder udtryk i EØF-traktatens artikel 7, men ligeledes i tjenestemandsvedtægtens bestemmelser. Situationen for de tjenestemænd, som har fordel af denne bestemmelse, afviger imidlertid hverken ud fra et materielt synspunkt eller ud fra et moralsk eller endog psykologisk synspunkt fra situationen for de tjenestemænd, som er statsborgere i den stat, på hvis område deres tjenestested er beliggende. Princippet om ensartet behandling påbyder derfor, at sidstnævnte ligestilles med de førstnævnte.

Sagsøgeren gør endvidere gældende, at den blotte henvisning til nationaliteten, som hverken er et objektivt eller ensartet kriterium for en forskellig behandling af de pågældende tjenestemænd, er kunstig, ja endog vilkårlig. Mens man i størsteparten af de internationale aftaler har afskaffet nationaliteten som kriterium for forskelsbehandling, er det netop et sådant kriterium, Rådet har genindført. Endelig har også Domstolen ifølge sagsøgeren ved flere lejligheder understreget, at en tjenestemands nationalitet for så vidt angår ydelse af udlandstillægget er af sekundær betydning og udelukkende spiller en rolle i forbindelse med spørgsmålet om varigheden af bopælen uden for tjenestestedsområdet.

Mod denne argumentation taler imidlertid, at der ikke i enhver med nationaliteten forbunden forskelsbehandling ligger en forskelsbehandling, der er forbudt ved fællesskabsretten. Derfor taler EØF-traktatens artikel 7, som kan betragtes som konkretiseringen af et generelt forbud mod forskelsbehandling, hvorpå fællesskabsretten er baseret, ikke om en forskelsbehandling forbudt på grund af nationaliteten, men begrænser sig til at forbyde de former for forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationaliteten. Efter Domstolens faste praksis skal der ved forskelsbehandling udelukkende forstås en skelnen, der objektivt set er uberettiget. Derfor betyder EØF-traktatens artikel 7 blot, at medlemsstaternes borgere skal nyde en

ensartet behandling i det omfang, hvor der ikke findes noget særligt hensyn, som kan berettige en forskellig behandling.

Derfor må f.eks. nationaliteten i princippet i medfør af tjenestemandsvedtægtens artikler 7 og 24 ikke spille nogen rolle ved en tjenestemands udnævnelse, forflyttelse eller ved hans karriereforløb.

Når en forskellig behandling forbundet med udlændingeegenskaben er berettiget, er der på den anden side ikke tale om en forskelsbehandling, der er forbudt ved EØF-traktatens artikel 7, og dermed ikke om en overtrædelse af princippet om lige behandling af tjenestemændene. Inden for området for fri bevægelighed og fri etablering kan de personer for øvrigt — således som dette fremgår af de tagne forbehold — som ikke har statsborgerskab i vedkommende medlemsstat, behandles forskelligt i tilfælde af forbrydelse mod den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed, og dette sker, uden at der foreligger overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling i EØF-traktatens artikel 7.

Men modsat sagsøgerens opfattelse er tjenestemænd, som ikke har statsborgerskab i det land, hvor de gør tjeneste, uafhængig af varigheden af deres ophold på vedkommende tjenestested, undergivet en række retlige og faktiske ulemper, som ikke rammer borgerne i vedkommende land. Dette fremgår allerede af, at alle stater i medfør af den på deres territorium udøvede suverænitet forbeholder visse rettigheder for deres borgere eller snarere underkaster udlændinge et særlig juridisk system, som man kalder fremmedretten.

For blot at nævne nogle enkelte eksempler er en tjenestemands kandidatur til en offentlig valgt post i forbindelse med udøvelsen af hans ret til at blive valgt, måske ikke gjort umulig, men i hvert fald gjort betydeligt vanskeligere på grund af afstanden i rum og tid, uden at denne ulempe kompenseres gennem retten til tjenestefrihed af personlige årsager, som vedtægten hjemler, og som burde gives af indlysende grunde. Omvendt er en udlændings kandidatur i det land, hvor han gør tjeneste, umulig på grund af medlemsstaternes bestemmelser om valgret, idet der ses bort fra, at det også i praksis ville være vanskeligere for en fremmed at blive valgt, selv om den nationale lovgivning tillod dette.

Tillige er udlændinge på grund af medlemsstaternes bestemmelser om valgret som hovedregel udelukket fra at udøve deres stemmeret i deres bopælsstat. Til gengæld er deres ret til at stemme i deres hjemland enten knyttet til permanent bopæl i denne stat, eller den kan kun udøves i selve hjemlandet, hvortil kommer de hermed forbundne rejseudgifter.

Endvidere må det ikke glemmes, at de tjenestemænd, som ikke har statsborgerskab i det land, hvor de arbejder, uafhængig af varigheden af deres ophold i denne stat, må acceptere visse ulemper også på det familiemæssige område. Deres børn, som senere eventuelt vil udøve erhverv i hjemstaten, er ofte tvunget til at studere i de stater, hvor de er statsborgere, alene på grund af manglende gensidig anerkendelse af et antal universitetseksamener. Hertil kommer

ofte en forpligtelse til at underholde slægtninge, som endnu bor i hjemlandet, hvilket medfører en anselig økonomisk byrde. Denne specielle merudgift er heller ikke, således som sagsøgeren tror, dækket gennem de andre godtgørelser, der er foreskrevet i vedtægten, og som har det tilfælles, at de kan ydes til enhver tjenestemand, som opfylder de krævede betingelser uafhængigt af hans nationalitet.

Udover disse eksempler, som er tilstrækkelige til at godtgøre en forskellig behandling, findes der givet endnu et antal andre ulemper på det kulturelle og sociale plan, som det ikke er nødvendigt at komme ind på.

Som det er blevet fremført af Rådet og Kommissionen (jf. ligeledes hertil Kommissionens svar af 2. 2. 1979 på den skriftlige forespørgsel nr. 813/78 fra Dondelinger, Glinne og Lezzi, EFT C 60 af 5. 3. 1979, s. 16) er det særlige udlandstillæg blevet indført for at kompensere for disse yderligere udgifter og for at opnå en vis ligestilling af alle tjenestemænd, der gør tjeneste på et og samme tjenestested uafhængig af deres statsborgerskab. Modsat sagsøgerens opfattelse er ikke blot de tjenestemænd, som oppebærer udlandstillægget efter artikel 4, stk. 1, i tjenestemandsvedtægtens artikel VII, men ligeledes dem, som på en varig måde har udøvet deres hovederhverv eller haft bopæl på varig måde i opholdsstaten i mere end 5½ år inden deres tiltrædelse af tjenesten, underkastet disse objektivt set forskellige betingelser og omstændigheder. Ydelsen af en særlig godtgørelse er derfor ikke en forskelsbehandling til skade for de tjenestemænd, som ikke er forpligtet til at lide de nævnte ulemper. For så vidt er den foreliggende sag derfor ikke sammenlignelig med de internationale aftaler, som sagsøgeren påberåber sig, og som generelt set har til hensigt at undgå, at statsborgere fra forskellige lande befinder sig i en mere fordelagtig situation.

Da det særlige udlandstillæg skal kompensere for de ulemper, som tjenestemændene lider på grund af deres status som fremmede, er det yderligere også logisk at knytte ydelsen af denne godtgørelse til den med statsborgerskabet forbundne status. Denne sammenknytning skal sikre, at de personer, som har denne retsstilling, får godtgørelsen, der alene er bestemt for fremmede statsborgere. Statsborgerskabets objektivt konstaterbare kriterium er endvidere ligeledes, på trods af de forskellige bestemmelser i de forskellige medlemsstater, et ensartet kriterium i den forstand, at det tillader at udskille kategorien af tjenestemænd, som ikke har statsborgerskab i det land, hvor de arbejder, fra de tjenestemænd, som har dette statsborgerskab. I øvrigt er en hvilken som helst lovgiver i henhold til retsstatsprincippet forpligtet til, når han vedtager retsregler, der som bekendt indeholder en generel og abstrakt ordning, at gribe tilbage til almindelige kategorier, selv om det også i et lille antal individuelle tilfælde måtte føre til visse ulemper ved anvendelsen af disse regler.

Endelig har Domstolen desuden selv i forbindelse med ydelse af et udlandstillæg ved gentagne lejligheder allerede tillagt tjenestemændenes statsborgerskab en betydning, som kan begrunde en forskellig behandling af disse. I modsætning til det særlige udlandstillæg, hvis berettigelse vil blive løst i det foreliggende tilfælde, har udlandstillægget rigtignok

til formål »at opveje de særlige byrder og ulemper, som ansættelsen ved Fællesskabet forvolder den tjenestemand, der af denne grund er tvunget til at skifte opholdssted«, således som Domstolen har understreget det i dommene af 20. februar 1975 (sag 21/74, Airola mod Kommissionen, Sml. s. 221, og sag 37/74, Van den Broeck mod Kommissionen, Sml. s. 235). Derfor har Domstolen også fastslået, at det væsentligste kriterium for retten til udlandstillægget er tjenestemandens sædvanlige bopæl forud for hans tiltrædelse af tjenesten, mens tjenestemandens statsborgerskab i dette tilfælde kun har en sekundær betydning, eftersom det kun har betydning for spørgsmålet om varigheden af opholdet uden for tjenestestedets område.

Men eftersom det særlige udlandstillæg, som det er blevet fremhævet, i modsætning til udlandstillægget kun skal kompensere for de ulemper, der følger af »livet i et fremmed land«, har Rådet med rette fastsat et særligt udlandstillæg, der blot svarer til en del af udlandstillægget. Der findes ikke anledning til at kritisere det skøn, som lovgiveren har udøvet ved fastsættelsen af den pågældende procentdel.

Afslutningsvis er der tilbage at slå fast, at artikel 21, stk. 2, i Rådets forordning nr. 912/78, som har tilføjet et stk. 2 til artikel 4 i vedtægtens bilag VII, af de ovennævnte grunde materielt ikke kan anfægtes.

Eftersom sagsøgeren ikke har bevist, at han har opfyldt de faktiske betingelser, som ifølge denne artikel er afgørende for ydelsen af det omhandlede tillæg, er ansættelsesmyndighedens afgørelse heller ikke behæftet med nogen fejl.

Af disse grunde foreslår jeg følgende afgørelse:

— sagsøgte frifindes, og

— hver part bærer i henhold til procesreglementets artikel 70 sine egne omkostninger.