



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. BOBEK
van 23 mei 2019¹

Zaak C-703/17

**Adelheid Krah
tegen
Universität Wien**

[verzoek van het Oberlandesgericht Wien (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Wenen, Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Vrij verkeer van werknemers – Senior docenten/postdoc – Beperking tot vier jaar van inaanmerkingneming van beroepsrelevante voorafgaande diensttijd bij aanstelling – Op anciënniteit gebaseerde bezoldiging – Anciënniteit bij enkel dezelfde werkgever – Begrip ‚belemmering van het vrije verkeer’ – Rechtvaardiging – Evenredigheid”

I. Inleiding

1. Adelheid Krah (hierna: „verzoekster”) is senior docent/postdoc aan de Universität Wien. Overeenkomstig de interne regels van de Universität Wien zijn voor de inschaling in de passende categorie van universiteitspersoneel bij haar aanstelling slechts vier jaar van de voorafgaande diensttijd in aanmerking genomen.
2. De Universität Wien (hierna ook: „verweerster”) kent twee manieren om wat betreft de bezoldiging rekening te houden met de voorafgaande diensttijd van een senior docent/postdoc. In de eerste plaats kan, *bij de aanstelling*, rekening worden gehouden met een beroepsrelevante voorafgaande diensttijd van ten hoogste vier jaar, vervuld bij de Universität Wien of bij een andere binnen- of buitenlandse in een lidstaat van de Europese Unie gevestigde werkgever. In de tweede plaats telt, *tijdens de aanstelling*, de aan de Universität Wien opgebouwde anciënniteit mee. Hierdoor kan universiteitspersoneel geleidelijk, met regelmatige tussenpozen van acht jaar, naar de volgende salaristrap binnen dezelfde schaal opklimmen.
3. Volgens verzoekster discrimineert de plafonnering van de inaanmerkingneming van beroepsrelevante voorafgaande diensttijd bij de aanstelling werknemers uit andere lidstaten. De op anciënniteit gebaseerde ontwikkeling van de bezoldiging zou universiteitspersoneel bevoordelen dat steeds voor dezelfde Oostenrijkse universiteit heeft gewerkt, dus vooral Oostenrijkse onderdanen.
4. De onderhavige zaak nodigt het Hof ertoe uit om opnieuw de buitengrenzen van de rechtspraak inzake het recht op vrij verkeer van werknemers te verkennen en de onderliggende logica ervan uiteen te zetten. Kan een nationale regel die neutraal van opzet is, dat wil zeggen die niet *direct discrimineert* op grond van nationaliteit en kennelijk even neutraal is wat betreft zijn gevolgen, aangezien er geen sprake is van *indirecte discriminatie*, niettemin een *belemmering* van het vrije verkeer vormen? Vormt

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

de aanpak die uitgaat van de belemmering en het minder aantrekkelijk maken van het vrije verkeer een volwaardige derde categorie in de rechtspraak inzake het vrije verkeer van werknemers die van toepassing kan zijn ongeacht het bestaan van enige vorm van discriminatie? Valt elke nationale regel die het vrije verkeer minder aantrekkelijk voor een werknemer kan maken onder artikel 45 VWEU?

II. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht*

5. Artikel 45 VWEU luidt:

„1. Het verkeer van werknemers binnen de Unie is vrij.

2. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.

3. Het houdt behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen het recht in om:

[...]

c) in een der lidstaten te verblijven teneinde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke voor de tewerkstelling van nationale werknemers gelden;

[...]”

6. Artikel 7, lid 1, van verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie² luidt als volgt:

„Een werknemer die onderdaan is van een lidstaat mag op het grondgebied van andere lidstaten niet op grond van zijn nationaliteit anders worden behandeld dan de nationale werknemers, wat betreft alle voorwaarden voor tewerkstelling en arbeid, met name op het gebied van beloning, ontslag, en, indien hij werkloos is geworden, wederinschakeling in het beroep of wedertewerkstelling.”

B. *Oostenrijks recht*

7. § 47, lid 1, van de Rahmenkollektivvertrag für ArbeitnehmerInnen an Universitäten van 15 februari 2011 (collectieve kaderarbeidsovereenkomst voor universiteitspersoneel; hierna: „kader-cao”) draagt het opschrift „Inschaling van wetenschappelijk en beeldendekunstpersoneel aan de universiteit” en bepaalt het volgende:

„Alle werknemers in de zin van § 5, lid 2, punt 1, worden ingedeeld in de functiegroepen A tot en met C overeenkomstig de in de arbeidsovereenkomst overeengekomen taken.”

² PB 2011, L 141, blz. 1.

8. § 48 bevat een overzicht van de functiegroepen voor het wetenschappelijk en beeldendekunstpersoneel aan de universiteit, dat luidt als volgt:

„Functiegroep A1: universitaire hoogleraren die op basis van een aanstellingsprocedure zijn benoemd [...].

Functiegroep A2: wetenschappelijk en beeldendekunstpersoneel aan de universiteit met een postdoc-aanstelling.

Functiegroep B: universiteitsassistenten, senior wetenschappers, senior kunstenaars, senior docenten, projectmedewerkers (§ 28) na afronding van een master of ander studieprogramma dat relevant is voor het dienstverband, lectoren. De functiegroep omvat de salarisschalen B1 en B2. Universiteitsassistenten, senior wetenschappers, senior kunstenaars, senior docenten, en projectmedewerkers [...] worden ingedeeld in salarisschaal B1; lectoren worden ingedeeld in salarisschaal B2.

Functiegroep C: studentassistenten en projectmedewerkers die niet in B1 zijn ingedeeld.”

9. § 49 van de kader-cao regelt de salarisindeling voor wetenschappelijk en beeldendekunstpersoneel. Hierin wordt het volgende bepaald:

„1. De maandelijkse brutobezoldiging in salarisschaal A1 bedraagt 4 891,10 EUR. Bij ten minste één positieve beoordeling van de werkzaamheden wordt dit bedrag [...] in het van belang zijnde tijdvak verhoogd,

na een diensttijd van zes jaar tot 5 372,80 EUR,

na een diensttijd van twaalf jaar tot 5 854,50 EUR,

na een diensttijd van achttien jaar tot 6 336,20 EUR

en

na een diensttijd van vierentwintig jaar tot 6 817,90 EUR.

2. De maandelijkse brutobezoldiging in salarisschaal A2 bedraagt 3 686,70 EUR; voor werknemers met een relevante doctorsgraad of PhD 4 288,80 EUR. Deze bedragen worden verhoogd:

a) na voltooiing van de postdoc-aanstelling [...] tot 4 650,20 EUR,

b) en bij ten minste één positieve beoordeling van de werkzaamheden [...] in het van belang zijnde tijdvak,

na een diensttijd van zes jaar als hoofddocent tot 5 131,90 EUR,

na een diensttijd van twaalf jaar tot 5 613,70 EUR,

na een diensttijd van achttien jaar tot 6 095,40 EUR

en

na een diensttijd van vierentwintig jaar tot 6 577,00 EUR.

3. De maandelijkse brutobezoldiging in salarisschaal B1 bedraagt 2 696,50 EUR.

Dit bedrag wordt verhoogd

- a) na een diensttijd van drie jaar: tot 3 203,30 EUR. Indien beroepsrelevante voorafgaande diensttijd wordt aangetoond, wordt die tijd in mindering gebracht op de termijn van drie jaar;
- b) na een diensttijd van acht jaar in de inschaling volgens het onder a) bepaalde of in geval van een doctoraat, dat de voorwaarde vormde voor de totstandkoming van de arbeidsrelatie (postdoc-aanstelling): tot 3 590,70 EUR;
- c) na een diensttijd van acht jaar in de inschaling volgens het onder b) bepaalde: tot 3 978,30 EUR;
- d) na een diensttijd van acht jaar in de inschaling volgens het onder c) bepaalde: tot 4 186,90 EUR.”

III. Feiten, procedure en prejudiciële vragen

10. Verzoekster is Duits onderdaan en doctor in de geschiedenis. Vanaf het wintersemester van het studiejaar 2000/2001 was zij bij verweerster, de Universität Wien, aan het instituut voor geschiedenis als gastdocent werkzaam. Daaraan voorafgaande was zij in een beroepsrelevante onderwijsfunctie gedurende vijf jaar werkzaam aan de universiteit München.

11. Na de indiening van haar *Habilitationsschrift* (proefschrift ter verkrijging van onderwijskwalificatie) is haar bij besluit van 12 maart 2002 van het decanaat van de faculteit voor geestes- en cultuurwetenschappen een baan aangeboden als universitair docente middeleeuwse geschiedenis. Vervolgens gaf verzoekster op basis van onderwijsopdrachten voor bepaalde tijd elk semester gedurende ten minste 7 uur per week les.

12. Vanaf 1 oktober 2010 is verzoekster aangesteld, aanvankelijk tijdelijk en later voor onbepaalde duur, als senior docent/postdoc voor 20 uur per week.

13. Op grond van een besluit van het rectoraat van 8 november 2011 is besloten om voor de voorafgaande diensttijd bij senior docent/postdoc-aanstellingen en senior scientist/postdoc-aanstellingen 4 jaar in aanmerking te nemen in geval van een op 1 oktober 2011 of later begonnen arbeidsrelatie. Overeenkomstig dit besluit werd verzoekster in functiegroep B, salarisschaal B1, onder b), ingeschaald.

14. Verzoekster betoogt evenwel een beroepsrelevante voorafgaande diensttijd van 5 jaar bij de Universität München en 8,5 jaar bij de Universität Wien te hebben vervuld, dat wil zeggen een totale beroepsrelevante voorafgaande diensttijd van 13,5 jaar. Bijgevolg hadden ten aanzien van haar 13,5 jaar in aanmerking moeten worden genomen en had zij hoger moeten worden ingeschaald.

15. Verzoekster heeft bij het Arbeits- und Sozialgericht Wien (rechter voor arbeids- en socialezekerheidszaken Wenen, Oostenrijk) een vordering tot betaling ingesteld van 3 385,20 EUR, zijnde het beweerde verschil in betaling, vermeerderd met rente en kosten, welke vordering door die rechterlijke instantie is afgewezen. Vervolgens heeft verzoekster hiertegen bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld.

16. Binnen deze feitelijke en juridische context heeft het Oberlandesgericht Wien (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Wenen, Oostenrijk) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet het Unierecht, in het bijzonder artikel 45 VWEU, artikel 7, lid 1, van [verordening nr. 492/2011], alsmede de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling volgens welke de

beroepsrelevante voorafgaande diensttijd van een lid van het docentencorps van de Universität Wien enkel in aanmerking kan worden genomen voor een totale duur van drie of vier jaar, ongeacht of het om tijdvakken van arbeid in dienst van de Universität Wien of van andere binnen- of buitenlandse universiteiten of vergelijkbare instellingen gaat?

- 2) Is een beloningssysteem dat niet voorziet in de volledige inaanmerkingneming van de beroepsrelevante voorafgaande diensttijd maar tegelijkertijd een hogere beloning verbindt aan de duur van tewerkstelling bij dezelfde werkgever, in strijd met het vrije verkeer van werknemers van artikel 45, lid 2, VWEU en artikel 7, lid 1, van [verordening nr. 492/2011]?”

17. Verzoekster, verweerster en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Alle drie hebben samen met de Oostenrijkse regering deelgenomen aan de terechtzitting van 23 januari 2019.

IV. Beoordeling

18. Deze conclusie is als volgt gestructureerd: ik begin met een aantal inleidende verduidelijkingen met betrekking tot het Oostenrijkse stelsel voor de bezoldiging van het universiteitspersoneel, met name de nationale regels en die van de Universität Wien inzake de erkenning van de beroepsrelevante voorafgaande diensttijd van senior docenten (A). Vervolgens geef ik in overweging dat de beperking tot vier jaar van de inaanmerkingneming, bij indiensttreding, van eerdere beroepsrelevante voorafgaande diensttijd verenigbaar is met het vrije verkeer van werknemers, aangezien deze noch discriminerend is, noch, naar mijn mening, een belemmering vormt voor het vrije verkeer van werknemers (B). Tot slot ga ik in op de regel dat, eenmaal in dienst getreden, de bezoldiging hoger wordt naargelang van de anciënniteit binnen de Universität Wien (C).

A. Voorafgaande verduidelijkingen

19. In deze zaak gaat het om de bezoldiging van senior docenten die zijn ingedeeld in salarisschaal B1, zoals geregeld op zowel nationaal niveau (in § 49, lid 3, van de kader-cao) als door de Universität Wien (in haar interne regelingen).

20. De kader-cao bevat regels met betrekking tot de ontwikkeling van de bezoldiging van senior docenten. Deze regels houden rekening met anciënniteit. Als een docent eenmaal in dienst is getreden, stijgt zijn bezoldiging normaal gesproken, met regelmatige tussenpozen, naargelang van de werkzame tijd aan dezelfde universiteit. In de praktijk klimmen senior docenten na een aantal jaren (eerst een diensttijd van drie jaar en, vervolgens, van telkens acht jaar) op naar de volgende trap binnen salarisschaal B1.

21. Dit bezoldigingssysteem is echter niet uitsluitend gebaseerd op anciënniteit. De nationale regels kennen twee uitzonderingen die het mogelijk maken dat een senior docent, bij aanstelling, hoger wordt ingeschaald dan zou voortvloeien uit de mechanische toepassing van de anciënniteitsregels. Ten eerste wordt ten aanzien van degenen die worden aangesteld als senior docent *zonder* te zijn gepromoveerd de (eerste) periode van drie jaar verkort met tijdvakken waarvoor beroepsrelevante voorafgaande diensttijd is aangetoond. Ten tweede hoeven degenen die zijn gepromoveerd en worden aangesteld als *senior docent/postdoc* niet de eerste drie- en achtjarige periode van diensttijd te doorlopen; zij worden rechtstreeks ingedeeld in salaristrap B1, onder b).

22. Zoals door verweerster en de Oostenrijkse regering is toegelicht, is de kader-cao het resultaat van onderhandelingen tussen de sociale partners. Zij stelt de minimale voorschriften vast die door Oostenrijkse universiteiten moeten worden toegepast en verzet zich niet ertegen dat die universiteiten intern gunstigere regelingen vaststellen.

23. Aan de Universität Wien bepalen de interne regelingen dat een periode van maximaal vier jaar van beroepsrelevante voorafgaande diensttijd in aanmerking moet worden genomen bij de beslissing wat de eerste salarisschaal is waarin een senior docent/postdoc bij indiensttreding wordt ingedeeld. Volgens verweerster komt deze laatste regel neer op een gunstiger behandeling door de Universität Wien in vergelijking met de andere Oostenrijkse universiteiten die alleen de kader-cao toepassen.

24. Tegen deze nationale en lokale achtergrond zijn vier verdere verduidelijkingen geboden.

25. Ten eerste: ook al richt de onderhavige zaak zich op salarisschaal B1 (dat wil zeggen de beroepscategorie senior docenten), deze schaal kan niet geïsoleerd worden beschouwd. De salarisschaal maakt deel uit van het geheel van nationale regelingen inzake de bezoldiging van universiteitspersoneel. Ingevolge de §§ 47, 48 en 49 van de kader-cao zijn universiteitsmedewerkers wat hun functie betreft ingedeeld in een aantal subcategorieën met een overeenkomstige specifieke *salarisschaal*, namelijk universitaire hoogleraren (salarisschaal A1), wetenschappelijk personeel (salarisschaal A2), universiteitsassistenten, inclusief senior docenten (salarisschaal B1), docenten (salarisschaal B2) en studentassistenten (salarisschaal C). Elke salarisschaal is op zichzelf onderverdeeld in *salaristrappen* met een overeenkomstig salaris.

26. Zoals benadrukt door verweerster ter terechtzitting is het hele door de kader-cao vastgestelde bezoldigingssysteem ingericht met het oog op het bevorderen van de academische loopbaan langs twee verschillende wegen, binnen elke schaal en tussen de schalen. Loopbaanontwikkeling *binnen* elke schaal is een type horizontale progressie. Hoewel de betrokkene in dezelfde academische categorie blijft, stijgt de bezoldiging geleidelijk, bijvoorbeeld op basis van de in de loop van de tijd opgebouwde anciënniteit.³ Loopbaanontwikkeling *tussen* de schalen kan worden gekenmerkt als verticale progressie waarbij de betrokkene niet in dezelfde academische categorie blijft, maar naar een hogere categorie overgaat. Die overgang zal meestal afhankelijk zijn van verdere kwalificaties, bijvoorbeeld van academische prestaties, het voltooien van onderzoek of het slagen voor een examen.

27. Zoals door verweerster is opgemerkt, stoelt dit systeem dus op de redenering dat academisch personeel moet worden gestimuleerd om door te groeien in hun loopbaan. Om deze reden zijn bepaalde soorten loopbaanontwikkeling noodzakelijkerwijs gebonden aan het opklimmen naar een hogere schaal, wat in zekere zin beide wegen omvat: de verdere kwalificatie vereist voor die schaal, maar ook, indirect, de anciënniteit die nodig is om die kwalificatie te behalen. Degenen van wie de academische loopbaan zich niet verticaal ontwikkelt, kunnen echter nog steeds worden bevorderd via anciënniteit, dat wil zeggen door naar de volgende trap binnen dezelfde schaal te gaan.

28. Ten tweede ben ik het eens met de Oostenrijkse regering dat het voor de beoordeling van het bestaan van een mogelijk onwettige beperking van het vrije verkeer van werknemers van wezenlijk belang is om twee verschillende regels te onderscheiden binnen het Oostenrijkse systeem van bezoldiging van senior docenten.

29. De eerste regel is dat maximaal vier jaar aan beroepsrelevante voorafgaande diensttijd door de Universität Wien in aanmerking worden genomen *bij de indienstneming* van senior docenten/postdoc ten behoeve van de bepaling van hun eerste trap binnen salarisschaal B1 („voorafgaandediensttijdregel”). De tweede regel is dat, als zij *eenmaal in dienst* zijn, in de loop van de overeenkomst met de Universität Wien de anciënniteit binnen de aanstelling bepalend is voor het opklimmen naar een volgende trap („anciënniteitsregel”). Er wordt van uitgegaan dat het opklimmen naar een volgende trap in het geval van senior docenten automatisch verloopt en dat hieraan, anders dan bij de voorafgaandediensttijdregel, geen inhoudelijke beoordeling van de respectieve verdiensten van de senior docenten verbonden is.

³ Ingevolge de kader-cao is dit type bevordering niet enkel van toepassing op senior docenten maar ook op bepaalde andere categorieën van universitair personeel, zoals hoogleraren, hoewel in laatstgenoemd geval het opklimmen naar de volgende salaristrap niet alleen afhangt van anciënniteit maar tevens van een (positieve) beoordeling van de werkzaamheden (zie § 49, lid 1, van de kader-cao).

30. Zeker, deze twee regels vertonen overeenkomsten. Beide hebben betrekking op het in aanmerking nemen van voorafgaande beroepservaring en hebben gevolgen voor de bezoldiging. Verder dan dat reiken de overeenkomsten evenwel niet. Om een helder beeld te krijgen met betrekking tot de vraag wie met wie wordt vergeleken, op welk tijdstip en met welk doel, moeten beide regels gescheiden worden gehouden.

31. De opmerkingen die zijn ingediend door verzoekster en de Commissie, met name wat betreft de tweede vraag van de nationale rechter, illustreren goed de gevaren van het samenvoegen van beide regels. Dit maakt het onmogelijk om na te gaan of sprake is van discriminatie, omdat de vraag wie nu precies verondersteld moet worden te worden gediscrimineerd ten opzichte van wie ongrijpbaar wordt, laat staan dat het mogelijk is om rechtvaardigingsgronden aan te voeren. Op het moment van de indienstneming is de voorafgaandediensttijdregel om een bepaalde reden en op een bepaalde groep mensen van toepassing. De anciënniteitsregel is daarentegen op een ander tijdstip van toepassing op een andere groep mensen. De anciënniteitsregel is per definitie nooit van toepassing op in dienst tredend personeel en de achterliggende redenering ervan is ook anders.

32. Het op één hoop gooien van deze twee verschillende regels vereist impliciet de gelijktijdige toepassing ervan. Dit betekent dat de anciënniteitsregel feitelijk al van toepassing moet zijn op het moment van de indienstneming. Als beleidskeuze is dat zeker mogelijk, maar in dat geval zouden er niet langer twee verschillende regels zijn maar slechts één (en een heel andere dan die welke op nationaal niveau werd gekozen).

33. Ten behoeve van de onderhavige beoordeling is het dus absoluut noodzakelijk om deze twee regels gescheiden te houden. Ik zal daarom beginnen met de werking van de voorafgaandediensttijdregel bij indienstneming bij de behandeling van de eerste vraag. Pas daarna zal ik in het kader van de tweede vraag ingaan op de anciënniteitsregel.

34. Ten derde moet voor de beantwoording van de vragen van de verwijzende rechter de situatie van verzoekster worden onderzocht zoals die zich in het onderhavige geval feitelijk heeft voorgedaan. Dienaangaande is een tweeledige verheldering geboden.

35. Om te beginnen is, in tegenstelling tot de kader-cao die in *geen enkele* inaanmerkingneming van voorafgaande beroepservaring van senior docenten/postdoc voorziet⁴, in de zaak van verzoekster de (gunstigere) regel van de interne regelingen van de Universität Wien toegepast. Bijgevolg is het die laatstgenoemde regel (in plaats van die in de kader-cao) die moet worden bekeken binnen de context van het algemene bezoldigingssysteem dat is vastgelegd door de kader-cao.

36. Voorts zou, uitgaande van de feiten van de zaak, verzoekster, als Duits onderdaan, zijn belemmerd in haar recht op *toegang* tot de Oostenrijkse arbeidsmarkt vanwege de gecombineerde werking van de voorafgaandediensttijdregel van de Universität Wien en de anciënniteitsregel van kader-cao. Wat dit betreft, luidt het betoog in wezen als volgt: het feit dat de anciënniteit van senior docenten/postdoc die in dienst zijn van de Universität Wien volledig in aanmerking wordt genomen voor de bezoldiging, terwijl de voorafgaande beroepservaring van degenen die daarvoor elders werkten, tot een maximum van vier jaar bij de indienstneming wordt meegerekend, zou buitenlandse werknemers ervan weerhouden om de Oostenrijkse arbeidsmarkt *te betreden*.

⁴ Verweerster heeft ter terechtzitting bevestigd dat krachtens § 49, lid 3, onder a), van de kader-cao de erkenning van beroepsrelevante voorafgaande diensttijd enkel van toepassing is, zij het met een beperking tot *drie jaar*, op senior docenten die *niet* zijn gepromoveerd.

37. In een algemene discussie over de aard en de omvang van een mogelijke belemmering van het vrije verkeer van werknemers zijn de belemmeringen voor het verlaten (van de lidstaat van herkomst) en de belemmeringen voor het binnentreden (van de lidstaat van ontvangst) twee kanten van dezelfde medaille.⁵ In de feitelijke context van de onderhavige zaak houdt dit mogelijke belemmeringen in voor verzoekster om de Duitse arbeidsmarkt te verlaten en de Oostenrijkse arbeidsmarkt te betreden.

38. Niettemin moet duidelijk worden benadrukt dat de hypothetische scenario's waarin verzoekster er mogelijkere wijs, door de werking van de betrokken nationale regels, in wordt gehinderd om de arbeidsmarkt van de lidstaat van ontvangst (Oostenrijk) weer te verlaten, dan wel, sterker nog, waarin zij, na enige tijd ergens anders te hebben doorgebracht, wordt belemmerd in haar wens om de Oostenrijkse academische arbeidsmarkt opnieuw te betreden, anders dan verzoekster betoogt, niet binnen het kader van de onderhavige zaak vallen.

39. Ten vierde, en ten slotte, heeft de verwijzende rechter met betrekking tot het Unierechtelijke referentiekader voor de onderhavige beoordeling de tweede vraag geformuleerd onder verwijzing naar artikel 45 VWEU en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 492/2011. Naast deze twee bepalingen verwijst de eerste vraag ook naar de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).

40. Volgens het Hof beogen artikel 45 VWEU en het geheel van de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van personen het de burgers van de Unie gemakkelijker te maken, om het even welke beroepsactiviteiten uit te oefenen op het grondgebied van de Unie, en staan zij in de weg aan regelingen die deze burgers zouden kunnen benadelen wanneer zij op het grondgebied van een andere lidstaat dan hun lidstaat van herkomst een activiteit willen uitoefenen. Bijgevolg verzet artikel 45 VWEU zich tegen elke nationale maatregel die de uitoefening door onderdanen van de Unie van de door dat artikel gegarandeerde fundamentele vrijheden kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken.⁶

41. Het is tevens vaste rechtspraak dat artikel 45, lid 2, VWEU in het bijzonder elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden verbiedt. Artikel 7, lid 1, van verordening nr. 492/2011 vormt slechts een bijzondere uitdrukking van het in artikel 45, lid 2, VWEU neergelegde non-discriminatiebeginsel op het specifieke gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeid en moet derhalve op gelijke wijze worden uitgelegd als dit laatste artikel.⁷

42. De voorafgaandediensttijdregel – en ook de anciënniteitsregel in de omvang van zijn voor de onderhavige zaak beperkte belang – vallen duidelijk binnen de werkingssfeer van die bepalingen voor zover deze gevolgen hebben voor de bezoldiging van senior docenten in Oostenrijk, zijnde een arbeidsvoorwaarde. Het feit dat de anciënniteitsregels in een kader-cao zijn vastgelegd, doet hieraan niet af, aangezien het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit niet alleen geldt voor het optreden van het openbaar gezag, maar zich ook uitstrekt tot bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichtingen.⁸

⁵ Zoals verder wordt besproken in de punten 78-85 infra.

⁶ Zie bijvoorbeeld arresten van 18 juli 2017, *Erzberger* (C-566/15, EU:C:2017:562, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 13 maart 2019, *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach* (C-437/17, EU:C:2019:193, punt 36).

⁷ Zie bijvoorbeeld arresten van 26 oktober 2006, *Commissie/Italië* (C-371/04, EU:C:2006:668, punt 17); 5 december 2013, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs* (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 23), en 13 maart 2019, *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach* (C-437/17, EU:C:2019:193, punt 16).

⁸ Zie bijvoorbeeld arresten van 6 juni 2000, *Angonese* (C-281/98, EU:C:2000:296, punt 31), en 10 maart 2011, *Casteels* (C-379/09, EU:C:2011:131, punt 19).

43. Hoe belangrijk zij in het algemeen ook zijn, ik vermag in de omstandigheden van de onderhavige zaak niet in te zien wat de artikelen 20 en 21 van het Handvest zouden kunnen toevoegen aan hetgeen reeds wordt bestreken door, meer in het bijzonder en meer in detail, artikel 45 VWEU en artikel 7 van verordening nr. 492/2011.

44. Bijgevolg lijkt het niet nodig de onderhavige zaak specifiek in het licht van de artikelen 20 en 21 van het Handvest te onderzoeken.⁹

B. Eerste vraag

45. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 45 VWEU en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 492/2011 zich verzetten tegen nationale bepalingen volgens welke de beroepsrelevante voorafgaande diensttijd van een senior docent die door de Universität Wien in dienst is genomen enkel in aanmerking kan worden genomen voor een totale duur van drie of vier jaar, ongeacht of het om tijdvakken van arbeid in dienst van de Universität Wien of van andere binnen- of buitenlandse universiteiten of vergelijkbare instellingen gaat.

46. Met deze vraag richt de verwijzende rechter zich op de *voorafgaandediensttijdregel* die een plafond stelt aan de inaanmerkingneming van de beroepsrelevante voorafgaande diensttijd bij het bepalen van de salaristrap waarin een senior docent bij het begin van de arbeidsverhouding met een Oostenrijkse universiteit wordt ingedeeld. De eerste vraag is zo geformuleerd dat zij ziet op zowel de bepalingen van de kader-cao inzake de positie van senior docenten die *niet* gepromoveerd zijn als op die van de interne voorschriften van de Universität Wien betreffende senior docenten/postdoc. In de omstandigheden van het onderhavige geval is het echter niet noodzakelijk om specifiek in te gaan op de bepalingen van de kader-cao, aangezien deze niet van toepassing zijn op de situatie van verzoekster.

47. Ik zal daarom mijn onderzoek naar de verenigbaarheid met het vrije verkeer van werknemers beperken tot de (gunstigere) regel van de universiteit die voorziet in de inaanmerkingneming van maximaal *vier jaar* beroepsrelevante voorafgaande diensttijd bij de indienstneming en inschaling van een senior docent/postdoc.

48. De verwijzende rechter merkt op dat de voorafgaandediensttijdregel door de inaanmerkingneming van de beroepservaring te beperken tot vier jaar op gespannen voet kan staan met het vrije verkeer van werknemers. Een migrerend werknemer zou kunnen worden afgehouden van het veranderen van baan en het aanvaarden van werk in Oostenrijk, omdat zijn beroepsrelevante voorafgaande diensttijd niet volledig in aanmerking wordt genomen bij zijn inschaling en bijgevolg zijn bezoldiging.

49. Volgens verzoekster brengt de plafonnering van de inaanmerkingneming van de beroepsrelevante voorafgaande diensttijd werknemers uit een andere lidstaat in een nadelige positie en houdt zij evenzo de werknemers van Oostenrijkse universiteiten ervan af hun recht van vrij verkeer buiten Oostenrijk uit te oefenen. In extreme gevallen kunnen tot 24 jaar aan buiten de Universität Wien verworven anciënniteit verloren gaan.

50. Volgens verweerster vereist het Unierecht niet dat beroepsrelevante voorafgaande diensttijd in aanmerking wordt genomen. Een beperking tot vier jaar van de inaanmerkingneming van beroepsrelevante voorafgaande diensttijd is niet discriminerend op grond van nationaliteit zijn, omdat migrerende werknemers en nationale werknemers hiervan dezelfde gevolgen ondervinden. Aangezien meer dan 50 % van alle senior docenten en ongeveer een derde van de senior docenten/postdoc die in dienst zijn van de Universität Wien buitenlanders zijn, zou de voorafgaandediensttijdregel niet van

⁹ Zie in dezelfde lijn arresten van 4 juli 2013, Gardella (C-233/12, EU:C:2013:449, punten 39 en 41), en 7 april 2016, RVA en M. (C-284/15, EU:C:2016:220, punten 33 en 34).

invloed zijn op de toegang van migrerende werknemers tot de Oostenrijkse arbeidsmarkt. De inaanmerkingneming van voorafgaande beroepservaring, zij het in beperkte mate, kan zelfs worden gezien als een stimulans voor iedereen, of zij nu Oostenrijks onderdaan zijn of niet, om bij de Universität Wien te solliciteren.

51. Aangezien senior docenten vooral onderwijsactiviteiten verrichten, gaat de plafonnering tot vier jaar in elk geval niet verder dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken, namelijk om ervoor te zorgen dat senior docenten hun taken volgens de best mogelijke standaards kunnen vervullen. In de academische wereld is die tijdsduur meestal passend om de voor dit doel vereiste kennis te verwerven.

52. Ik ben van mening dat een regel die voorziet in een plafonnering tot vier jaar van elders vervulde beroepsrelevante voorafgaande diensttijd, *inclusief die bij de Universität Wien*, met het oog op de eerste inschaling van een nieuw in dienst genomen senior docent, geen discriminatie op grond van nationaliteit is (1). Evenmin is wat dit betreft sprake van een belemmering van het vrije verkeer van werknemers (2). De voorafgaandediensttijdregel van de Universität Wien is hoe dan ook duidelijk gerechtvaardigd en passend om het door die regel nagestreefde doel te bereiken (3).

1. Discriminatie op grond van nationaliteit

53. *Directe discriminatie* impliceert dat de betrokken nationale regel voorziet in verschillen in behandeling op grond van nationaliteit, waardoor onderdanen van andere lidstaten van de Unie minder gunstig worden behandeld dan andere onderdanen in een vergelijkbare situatie.¹⁰ Het is duidelijk dat in het onderhavige geval de voorafgaandediensttijdregel niet rechtstreeks discriminerend is. Nationaliteit is geen expliciete grond voor differentiatie.

54. Het is evenwel ook vaste rechtspraak dat de regel van gelijke behandeling, die zowel in artikel 45 VWEU als in artikel 7 van verordening nr. 492/2011 is geformuleerd, niet alleen zichtbare discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden.¹¹ Een bepaling van nationaal recht moet als *indirect discriminerend* worden beschouwd wanneer zij intrinsiek meer gevolgen kan hebben voor migrerende werknemers dan voor nationale werknemers en wanneer sprake is van een risico dat migrerende werknemers in het bijzonder benadeelt. Opdat een maatregel als indirect discriminerend kan worden beschouwd, hoeft deze niet tot gevolg te hebben dat alle eigen onderdanen van de betrokken staat worden begunstigd of dat enkel onderdanen van andere lidstaten, met uitsluiting van de onderdanen van de betrokken staat, worden benadeeld.¹² Dit volgt in het bijzonder uit artikel 45, lid 2, VWEU.¹³

55. In het onderhavige geval staat het buiten kijf dat de beperking van de inaanmerkingneming van beroepservaring zonder onderscheid van toepassing is op alle relevante beroepservaring die bij een werkgever is verworven, ongeacht of deze in Oostenrijk of in een andere lidstaat is gevestigd. Ter terechtzitting werd uitdrukkelijk bevestigd dat dit ook geldt voor beroepservaring die aan de Universität Wien zelf is verworven in een andere hoedanigheid dan die van senior docent. Bijgevolg worden alle potentiële kandidaten voor indienstneming op precies dezelfde manier behandeld, ongeacht of ze uit een andere lidstaat, van een andere Oostenrijkse universiteit, of zelfs uit andere faculteiten of posities binnen de Universität Wien afkomstig zijn.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld arrest van 16 september 2004, Commissie/Oostenrijk (C-465/01, EU:C:2004:530, punten 31-33).

¹¹ Zie bijvoorbeeld arresten van 28 juni 2012, Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, punt 39), en 5 december 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 25).

¹² Zie bijvoorbeeld arresten van 28 juni 2012, Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, punt 41), en 20 juni 2013, Giersch e.a. (C-20/12, EU:C:2013:411, punt 45).

¹³ Zie dienaangaande arrest van 13 maart 2019, Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2019:193, punten 16-34).

56. Ik moet zeggen dat ik het moeilijk vind om in te zien hoe een dergelijke volledig neutrale regel kan worden gekwalificeerd als (ook maar) indirect discriminerend (op grond van nationaliteit). De relevante referentiegroepen zijn die met beroepsrelevante voorafgaande diensttijd van (i) minder dan vier jaar en (ii) meer dan vier jaar. Het zijn inderdaad de personen van de tweede categorie die zouden kunnen beweren dat de toepassing van de voorafgaandediensttijdregel hun nadeel berokkent: een deel van hun voorafgaande beroepservaring zal niet in aanmerking worden genomen bij het bepalen van het bezoldigingsniveau bij de indienstneming.

57. Er is evenwel nogal een verschil tussen die situatie en differentiatie of gevolg op grond van nationaliteit. Het is niet komen vast te staan en het kan ook niet redelijkerwijs worden beweerd dat het in het geval van onderdanen van andere lidstaten per definitie waarschijnlijker is dat zij meer dan vier jaar beroepsrelevante voorafgaande diensttijd hebben bij de sollicitatie naar een academische baan aan de Universität Wien.

58. Anders gezegd, uit de afwezigheid van een discriminerende grond (geen verborgen grond van differentiatie) volgt ook de kennelijke afwezigheid van een dergelijk gevolg (geen duidelijk verschil in gevolg).

59. In de rechtspraak van dit Hof is een dergelijk gevolg van oudsher beoordeeld aan de hand van het *waarschijnlijkheids criterium*: zullen werknemers uit andere lidstaten waarschijnlijk zwaarder getroffen worden? Zal de beschermde groep harder worden geraakt? De vereiste maatstaf is de rationele waarschijnlijkheid, niet de overlegging van exacte gegevens of statistieken ter zake.¹⁴

60. In het onderhavige geval is noch sprake van een geloofwaardige waarschijnlijkheid, noch van enige gegevens die wijzen op indirecte discriminatie. Er is geen plausibele uitleg gegeven waarom ervan uit kan worden gegaan dat het bij werknemers uit andere lidstaten waarschijnlijker is dan bij Oostenrijkse werknemers dat zij bij indienstneming als senior docent meer dan vier jaar aan beroepsrelevante voorafgaande diensttijd hebben. Nogmaals, de regel is volledig neutraal met betrekking tot alle mogelijke categorieën van werknemers.

61. Waar het gaat om gegevens, zijn de enige beschikbare statistieken die van verweerster¹⁵, inhoudende dat meer dan 50 % van de senior docenten en een derde van de senior docenten/postdoc aan de Universität Wien geen Oostenrijks onderdaan zijn. Deze cijfers wijzen er dus niet op dat een significant hoog aantal niet-onderdanen, in vergelijking met onderdanen, door die regel wordt geraakt; zij wijzen eerder op het tegenovergestelde. Kloppen deze cijfers, dan volgt hieruit dat een groot aantal buitenlandse werknemers de Oostenrijkse arbeidsmarkt heeft betreden, „ondanks” de door de Universität Wien bepaalde plafonnering van de inaanmerkingneming van beroepsrelevante voorafgaande diensttijd.

62. De voorafgaandediensttijdregel die van toepassing is op het moment van indienstneming lijkt dus, wat betreft het betreden van de Oostenrijkse academische arbeidsmarkt, noch direct, noch indirect discriminerend op grond van nationaliteit. Kan dan die regel dan nog steeds worden aangemerkt als een beperking of belemmering van het vrije verkeer van werknemers, ondanks het feit dat hij volledig neutraal is ten opzichte van de nationaliteit?

¹⁴ Zie evenwel dienaangaande recentelijk arrest van 13 maart 2019, *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach* (C-437/17, EU:C:2019:193, punten 28 en 30).

¹⁵ Ik wijs erop dat deze gegevens niet door enige andere deelnemer aan de procedure zijn tegengesproken en dat het Hof ook niet om de overlegging ervan heeft verzocht, noch de juistheid ervan heeft geverifieerd. Naar mijn mening blijft het doorslaggevende criterium dat sprake moet zijn van een *in redelijkheid waarschijnlijke mogelijkheid* van een zwaardere impact, wat middels door de deelnemers aan de procedure overgelegde statistieken kan worden gekleurd, bevestigd, aangescherpt of mogelijk duidelijk worden weerlegd. Statistische data zijn op zichzelf evenwel niet noodzakelijkerwijs vereist om een dergelijke waarschijnlijkheid vast te stellen.

2. Belemmering van het vrije verkeer?

a) Beperking van het vrije verkeer en discriminatie op grond van nationaliteit

63. Uit de rechtspraak volgt dat naast de categorieën van directe en indirecte discriminatie artikel 45 VWEU een derde categorie omvat, namelijk die van niet-discriminerende beperkingen.¹⁶ Volgens het Hof staat die bepaling in de weg aan niet alleen elke vorm van discriminatie, direct of indirect, op grond van nationaliteit, maar tevens aan nationale regels die ongeacht de nationaliteit van de werknemers van toepassing zijn, toch de uitoefening door deze werknemers, met inbegrip van de onderdanen van de lidstaat die de regeling heeft getroffen, van hun vrijheid van verkeer *kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken*.¹⁷ Bepalingen die een onderdaan van een lidstaat beletten of ervan weerhouden zijn land van herkomst te verlaten om zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen, leveren derhalve belemmeringen van die vrijheid op, ook wanneer zij onafhankelijk van de nationaliteit van toepassing zijn.¹⁸

64. Het Hof heeft verduidelijkt dat, wat het vrije verkeer van werknemers betreft, de gedachte achter het belemmeren, beperken, weerhouden of minder aantrekkelijk maken is verankerd, wat het Verdrag betreft, in artikel 45, lid 1, VWEU. In tegenstelling tot artikel 45, lid 2, VWEU, dat het begrip discriminatie belichaamt, bepaalt artikel 45, lid 1, meer in het algemeen dat „[h]et verkeer van werknemers binnen de Unie [...] vrij [is]”.

65. Derhalve moet, los van discriminatie op grond van nationaliteit, worden nagegaan of de nationale regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, een door artikel 45, lid 1, VWEU verboden belemmering van het vrije verkeer van werknemers vormt.¹⁹

66. De vraag die echter onmiddellijk rijst, is hoe de categorie van belemmering van het vrije verkeer zich verhoudt tot de categorie van discriminatie op grond van nationaliteit. Staan die twee categorieën inderdaad volledig op zichzelf en kunnen en moeten ze dus afzonderlijk worden onderzocht? Is, als het gaat om belemmering, discriminatie en een onderzoek daarvan niet aan de orde? Of gaat het bij belemmering meer om een „accessoire” categorie die het verbod op indirecte discriminatie versterkt en uitbreidt maar niet echt los daarvan bestaat?

67. Dit is niet alleen een academisch debat, zoals de onderhavige zaak laat zien. Wanneer de voorafgaandediensttijdregel niet eens indirect discriminerend is, zoals hierboven in deze conclusie in overweging is gegeven, kan deze dan nog steeds een belemmering vormen voor het vrije verkeer van werknemers? Kan sprake zijn van een belemmering als er zelfs geen enkele aanwijzing is voor een verschil in behandeling (op grond van nationaliteit)?

68. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat, wat het vrije verkeer van werknemers betreft, het Hof in zijn redenering het begrip belemmering vooral gebruikt wanneer het gaat om nationale regels die *belemmeringen voor het verlaten* van de lidstaat van herkomst vormen maar ook, in mindere mate, wanneer het gaat om subnationale regels die kunnen neerkomen op *belemmeringen voor het binnentreden* van de lidstaat van ontvangst.

¹⁶ Zie in het bijzonder conclusie van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Graf (C-190/98, EU:C:1999:423).

¹⁷ Zie bijvoorbeeld arresten van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, EU:C:1993:125, punt 32), en 27 januari 2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, punt 18).

¹⁸ Zie bijvoorbeeld arresten van 7 maart 1991, Masgio (C-10/90, EU:C:1991:107, punt 23); 15 december 1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, punt 96); 26 januari 1999, Terhoeve (C-18/95, EU:C:1999:22, punt 39), en 9 september 2003, Burbaud (C-285/01, EU:C:2003:432, punt 95).

¹⁹ Zie dienaangaande arrest van 13 maart 2019, Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2019:193, punten 16 e.v., afgezet tegen punten 35 e.v.).

69. De typische gevallen in de eerste categorie zijn maatregelen van de staat van herkomst die *onderdanen van die staat* ervan weerhouden het vrije verkeer uit te oefenen door hun staat van herkomst te verlaten, waardoor toegang tot de arbeidsmarkt van een andere lidstaat onmogelijk of uiterst moeilijk wordt. Wat dit betreft, is het arrest Bosman verhelderend. In die zaak ging het om nationale regels betreffende de transfer van voetballers (van toepassing op transfers van spelers tussen clubs van verschillende nationale bonden binnen dezelfde lidstaat) die de nieuwe club verplichtten om een vergoeding te betalen aan de oude club, zelfs na het verstrijken van hun contract met de oude club. Hoewel deze regels op geen enkele manier discriminerend waren op grond van nationaliteit, oordeelde het Hof dat zij het vrije verkeer van spelers die hun activiteit in een andere lidstaat wilden verrichten, konden beperken door hen te beletten of hen ervan te weerhouden hun club te verlaten.²⁰

70. Een andere (schijnbaar) niet-discriminerende belemmering om uit een lidstaat te vertrekken wordt mogelijk gevormd door een maatregel van de lidstaat van herkomst die het moeilijker maakt voor een onderdaan van die staat die gebruik heeft gemaakt van het vrije verkeer, om daar *terug te keren*. Zo ging het in de zaak Köbler om een bijzondere anciënniteitstoelage die door de Oostenrijkse staat als werkgever aan hoogleraren werd toegekend indien zij deze functie ten minste vijftien jaar hadden uitgeoefend aan een Oostenrijkse universiteit en niet aan een universiteit van een andere lidstaat. Dienaangaande heeft het Hof verklaard dat de absolute weigering om diensttijdvakken als hoogleraar in een andere lidstaat dan de Republiek Oostenrijk te erkennen, het vrije verkeer van in Oostenrijk gevestigde werknemers belemmert, aangezien zij hierdoor minder geneigd zijn het land te verlaten om deze vrijheid uit te oefenen.²¹

71. Binnen de tweede categorie heeft het Hof belemmeringen van het vrije verkeer in de specifieke vorm van *subnationale maatregelen*, hetzij die genomen door regionale of andere lokale entiteiten binnen een lidstaat, hetzij die welke voorzien in bijzondere regels die van toepassing zijn op lokale entiteiten, ook op soortgelijke wijze benaderd. Zo heeft het Hof zich in de zogenoemde SALK-zaak²² – waarnaar verschillende keren door de deelnemers aan de procedure is verwezen – gebogen over Oostenrijkse regels krachtens welke openbare ziekenhuizen in het Land Salzburg voor de vaststelling van de peildatum voor de overgang naar hogere salarisgroepen, de door hun werknemers voor het Land Salzburg als werkgever ononderbroken vervulde diensttijd volledig in aanmerking namen, doch de diensttijd die zij bij andere werkgevers – hetzij in Oostenrijk, hetzij in andere lidstaten – hadden vervuld slechts gedeeltelijk. Het Hof heeft deze regels beoordeeld vanuit het oogpunt van *zowel* (discriminerende) belemmeringen om een lidstaat te betreden *als* (niet-discriminerende) belemmeringen om een lidstaat te verlaten.²³ Het Hof heeft, respectievelijk, verklaard dat de mogelijkheid bestaat dat die regels „migrerende werknemers meer treffen dan nationale werknemers, door eerstgenoemden meer in het bijzonder te benadelen” en „een werknemer die onderdaan van een lidstaat is, beletten of ervan weerhouden zijn staat van herkomst te verlaten om zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen, [...], ook wanneer zij ongeacht de nationaliteit van de betrokken werknemers van toepassing zijn”.²⁴

20 Arrest van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, punten 97-100). Zie volgens dezelfde logica ook arresten van 17 maart 2005, Kranemann (C-109/04, EU:C:2005:187, punten 28-30), en 16 maart 2010, Olympique Lyonnais (C-325/08, EU:C:2010:143, punt 35).

21 Arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 74). Zie bijvoorbeeld ook arrest van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, EU:C:1993:125, punt 32).

22 Arrest van 5 december 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs (C-514/12, EU:C:2013:799).

23 Wanneer een nationale bepaling iemand belet of ervan weerhoudt om zijn staat van herkomst te verlaten of om zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen, neigt het Hof ertoe een dergelijke bepaling als discriminerend op grond van nationaliteit *en* als een belemmering van het vrije verkeer aan te merken; zie bijvoorbeeld, behalve het arrest SALK, ook arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punten 73 en 74).

24 Arrest van 5 december 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs (C-514/12, EU:C:2013:799, punten 28-32). Zie ook arrest van 6 juni 2000, Angonese (C-281/98, EU:C:2000:296, punten 40 en 41).

72. Toegegeven, subnationale maatregelen zijn niet gemakkelijk in overeenstemming te brengen met de gebruikelijke redenering inzake het vrije verkeer. Het is moeilijker om tot de slotsom te komen dat zij indirect discriminerend zijn op grond van nationaliteit.²⁵ Hun beperktere geografische reikwijdte maakt ze ook nadelig voor onderdanen van de lidstaat van herkomst uit verschillende regio's. Wat betreft subnationale maatregelen is het niettemin, zelfs als hun verband met indirecte discriminatie op grond van nationaliteit vrij zwak is, nog steeds, uitgaande van de gebruikelijke benadering van de waarschijnlijke gevolgen²⁶, mogelijk om het bestaan van dergelijke discriminatie aan te nemen: het is waarschijnlijker dat subnationale maatregelen buitenlandse onderdanen treffen om de eenvoudige reden dat de meerderheid van de inwoners van een plaatselijk gebied waarschijnlijk onderdaan van de betrokken lidstaat zal zijn.

73. In het geval van subnationale maatregelen mag indirecte discriminatie dan misschien minder vanzelfsprekend zijn, maar ze kan nog steeds op de loer liggen. Een redenering in dergelijke zaken vanuit het oogpunt van een beperking betekent dus niet dat er geen enkele discriminatie op grond van nationaliteit zou zijn. Er is nog steeds sprake van een soort van differentiatie die indirect verbonden is met nationaliteit en het moeilijk of zelfs onmogelijk maakt om een betrekking te krijgen.²⁷ Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld dat elke belemmering betreffende het vrije verkeer, *hoe gering ook*, verboden is.²⁸ Anders gezegd, subnationale bepalingen die in de eerste plaats de *interne* mobiliteit binnen een lidstaat ontmoedigen, kunnen niettemin onder de bepalingen inzake het vrije verkeer vallen wanneer zij ook *externe* mobiliteit (tussen lidstaten) minder aantrekkelijk maken.²⁹

74. Samenvattend: in gevallen waarin alleen de beperking van het vrije verkeer van werknemers wordt beoordeeld, vindt toch, hoewel misschien niet altijd expliciet voorwerp van onderzoek, nog steeds een soort van analyse inzake vergelijkbaarheid en differentiatie plaats.³⁰ Zo biedt de rechtspraak van het Hof geen steun aan de stelling dat de gedachtegang van de belemmeringen van het vrije verkeer volledig los moet worden gekoppeld van overwegingen die zijn ontleend aan discriminatie. In alle zaken die hier zijn geanalyseerd, is nog steeds sprake van een soort van verschil in behandeling. Maar wat moet dan precies worden geanalyseerd onder de noemer belemmeringen?

b) Discriminatie tussen „vertrekkers” en „blijvers”

75. Naar mijn mening stoelt de gedachtegang van artikel 45, lid 1, VWEU en de rechtspraak inzake belemmeringen van het vrije verkeer van werknemers nog steeds op differentiatie en dus op het begrip discriminatie. Maar de reden voor die discriminatie is niet (enkel) nationaliteit en niet (enkel) het moment van ofwel het verlaten van een arbeidsmarkt ofwel het betreden van de arbeidsmarkt van een andere lidstaat, gezien op zichzelf. De nadruk ligt op discriminatie tussen „vertrekkers” en „blijvers” in de interne markt.

²⁵ Zie dienaangaande conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaak *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach* (C-437/17, EU:C:2018:627, punt 44).

²⁶ Zie punt 59 supra.

²⁷ Zie arresten van 6 juni 2000, *Angonese* (C-281/98, EU:C:2000:296, punt 39), en 5 december 2013, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs* (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 35).

²⁸ Zie bijvoorbeeld arresten van 5 december 2013, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs* (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 34), en 3 december 2014, *De Clercq e.a.* (C-315/13, EU:C:2014:2408, punt 61).

²⁹ Zie naar analogie met betrekking tot het vrije verkeer van goederen arrest van 9 september 2004, *Carbonati Apuani* (C-72/03, EU:C:2004:506, punten 22 en 23).

³⁰ Zie in dit verband meest recentelijk bijvoorbeeld arrest van 13 maart 2019, *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach* (C-437/17, EU:C:2019:193), waarin het Hof verklaart dat de analyse in de punten 35 tot en met 41 er een is van belemmeringen voor het vrije verkeer, en niet langer van discriminatie op grond van nationaliteit (eerder geanalyseerd in de punten 16-34), maar dan noodzakelijkerwijs in punt 38 een vergelijking maakt van de situatie van werknemers die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van een andere lidstaat dan hun lidstaat van herkomst (dat wil zeggen niet-onderdanen) met de voorwaarden waaraan de werknemers van die lidstaat (dat wil zeggen onderdanen) zijn onderworpen, waarbij dat verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in punt 39 wordt uitgebreid tot zowel regels bij vertrek als regels bij toegang.

76. Bijgevolg vormt de differentiatie tussen vertrekkers en blijvers de verboden grond. Dus zelfs bij het ontbreken van discriminatie op grond van nationaliteit met het oog op het definiëren van „niet-discriminerende beperkingen”, is nog steeds sprake van discriminatie, zij het op een ander niveau. Advocaat-generaal Fennelly heeft wat dit betreft de spijker op zijn kop geslagen door naar discriminatie op dat niveau te verwijzen als „discriminatie op grond van migratie”, waarbij verschillen in behandeling voortvloeien uit de uitoefening van het vrije verkeer zelf.³¹

77. Volgens vaste rechtspraak van het Hof beoogt het geheel van de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van personen het de burgers van de EU gemakkelijker te maken, om het even welke beroepsactiviteiten uit te oefenen op het grondgebied van de Europese Unie.³² In die gedachtegang blijkt dat de vaststelling van een beperking van het vrije verkeer van werknemers nog steeds vereist dat een bepaalde groep personen wordt benadeeld ten opzichte van een andere groep. De grond voor die differentiatie hoeft evenwel niet noodzakelijkerwijs de nationaliteit te zijn. Dit lijkt de rode draad te zijn in het classificatieschema dat is ontwikkeld in de rechtspraak die in het vorige deel van deze conclusie de revue is gepasseerd.

78. Vervolgens zijn er natuurlijk twee kanten aan het vrije verkeer: *vertrek* uit de lidstaat van herkomst en *toegang* tot de arbeidsmarkt van de lidstaat van ontvangst. Als een werknemer aan een van beide kanten in een nadelige positie wordt gebracht ten opzichte van de relevante groepen blijvers binnen die staat, is er sprake van een belemmering.

79. Zo kan een werknemer door nationale regels die zouden kunnen worden gekarakteriseerd als ofwel „vasthoudregels” (bij vertrek) dan wel „afstootregels” (bij toegang) niet worden belemmerd of ervan af worden gehouden om naar een andere lidstaat te verhuizen. Bij de beoordeling van het bestaan van beide soorten regels is evenwel nog steeds de *vaststelling van een verschil in behandeling* tussen de betrokken groepen personen geboden: degenen die naar een andere lidstaat gaan tegenover degenen die blijven, in verband met vertrekregels, en degenen die zijn verhuisd tegenover degenen die er al zijn, met betrekking tot toegangsregels.

80. In dit licht bezien omvat het begrip belemmering van het vrije verkeer van werknemers in het geheel niet elke nationale regel die de uitoefening van het vrije verkeer voor een bepaalde werknemer (subjectief) minder aantrekkelijk kan maken. Indien het wordt losgekoppeld van enig daadwerkelijk verschil in behandeling tussen objectieve groepen werknemers, zou het vrije verkeer inderdaad een instrument kunnen worden voor het bestrijden van elke nationale of subnationale regel op welk gebied dan ook (of zelfs alleen een ongunstige individuele overeenkomst), die, in de context van een individueel geval, nadelig voor een bepaalde werknemer uitpakt. Dit zou betekenen dat wanneer een persoon voor een nieuwe betrekking naar een andere lidstaat is verhuisd, de werkgever in die lidstaat van ontvangst op grond van het Unierecht altijd verplicht is tot ten minste dezelfde behandeling als de migrerende werknemer kreeg in de vorige lidstaat, vermoedelijk ongeacht wat de nationale wetgeving van de lidstaat van ontvangst zegt.

81. Dat kan geen redelijke benadering van het begrip belemmering zijn.³³ In dat geval zou, naar analogie met het vrije verkeer van goederen, de rechtspraak inzake het vrije verkeer van werknemers zich in een *Dassonville*³⁴-tijdperk bevinden en dringend haar eigen *Keck*³⁵-moment behoeven.

31 Conclusie van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Graf (C-190/98, EU:C:1999:423, punt 21).

32 Zie bijvoorbeeld arresten van 18 juli 2017, *Erzberger* (C-566/15, EU:C:2017:562, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 13 maart 2019, *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach* (C-437/17, EU:C:2019:193, punt 36).

33 Ik kan niet anders dan opnieuw verwijzen naar de overtuigende analyse van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Graf (C-190/98, EU:C:1999:423, punt 31).

34 Arrest van 11 juli 1974, *Dassonville* (8/74, EU:C:1974:82, punt 5).

35 Arrest van 24 november 1993, *Keck en Mithouard* (C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905).

82. In dit verband dient te worden opgemerkt dat het Hof het „one size fits all”-potentieel van artikel 45, lid 1, VWEU uit hoofde van de belemmeringsbenadering reeds op twee manieren heeft beteugeld.

83. In de eerste plaats heeft het Hof, gedeeltelijk tegemoetkomend aan de laatstgenoemde zorg, duidelijk gemaakt dat nationale maatregelen die louter een economische activiteit regelen zonder voorwaarden te stellen met betrekking tot de toegang tot het arbeidsproces, gewoonlijk niet als beperkingen op grond van artikel 45 VWEU kunnen worden aangemerkt.³⁶ In het bijzonder geeft artikel 45 VWEU de werknemer niet het recht om zich in de gastlidstaat te beroepen op de arbeidsvoorwaarden die hij in zijn lidstaat van herkomst in overeenstemming met de nationale wetgeving van die staat genoot.³⁷ Met andere woorden, gelet op de verschillen tussen nationale wetten op bepaalde gebieden betekent vrij verkeer niet noodzakelijkerwijs sociale neutraliteit. Regels die het onvermijdelijke gevolg zijn van objectieve en niet-discriminerende wetgevingskeuzes op gebieden die niet in de hele Unie zijn geharmoniseerd, kunnen daarom niet als beperkingen worden gekenmerkt („geen sociale neutraliteitsgarantie”).³⁸

84. In de tweede plaats kan de karakterisering als „belemmering” in de zin van artikel 45 VWEU volgens het Hof niet afhangen van „te onzekere en indirecte” gebeurtenissen. Met andere woorden: het verband tussen de nationale wetgeving en de vrijheid van verkeer mag niet te ver verwijderd zijn of, a fortiori, hypothetisch zijn („nabijheidsvereiste”).³⁹

85. Om te kunnen spreken van een belemmering van het vrije verkeer van werknemers moet dus komen vast te staan dat de litigieuze regel (i) discrimineert tussen (de groepen van) vertrekkers en blijvers bij ofwel vertrek ofwel toegang, en (ii) aldus daadwerkelijk de toegang tot de arbeidsmarkt in een andere lidstaat beïnvloedt, dat wil zeggen dat de regel en de werking ervan niet te ver daarvan verwijderd mogen zijn om in aanmerking te nemen bij de beslissing om het recht van vrij verkeer wel of niet uit te oefenen.

c) Onderhavige zaak

86. Beoordeeld in het licht van dit onderzoekskader toont het betoog van verzoekster niet aan dat sprake is van enige belemmering van het vrije verkeer vanwege het onderscheid tussen vertrekkers en blijvers bij ofwel vertrek ofwel toegang.

87. Volgens verzoekster vormt de voorafgaandediensttijdregel een belemmering van het vrije verkeer van degenen (onderdanen of niet-onderdanen) die jarenlang als senior docent (of in een relevante soortgelijke functie) buiten Oostenrijk hebben gewerkt. De beperkte inaanmerkingneming van voorafgaande beroepservaring door de Universität Wien zou een *hindernis voor de toegang* voor onderdanen van andere lidstaten opwerpen. Zij zou ook een *hindernis voor vertrek en een hindernis voor (hernieuwde) toegang* voor Oostenrijkse onderdanen zijn.

³⁶ Zie dienaangaande arrest van 27 januari 2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49), in het licht van de conclusie van advocaat-generaal Fennelly in die zaak (EU:C:1999:423, punt 32), die heeft overwogen dat „neutrale nationale regelingen alleen dan als relevante belemmeringen van de toegang tot de markt kunnen worden beschouwd, wanneer vaststaat dat zij voor de marktdeelnemers daadwerkelijk gevolgen hebben die neerkomen op uitsluiting van de markt”.

³⁷ Zie arrest van 18 juli 2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562, punt 35).

³⁸ Zie bijvoorbeeld arresten van 29 april 2004, Weigel (C-387/01, EU:C:2004:256, punt 55), en 18 juli 2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562, punt 36).

³⁹ Zie bijvoorbeeld arresten van 7 maart 1990, Krantz (C-69/88, EU:C:1990:97, punt 11), en 27 januari 2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, punten 24 en 25). Er zij op gewezen dat het Hof in het recente arrest van 13 maart 2019, Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2019:193, punten 37 en 40), naar beide beperkingen heeft verwezen.

88. Wat ten eerste het laatstgenoemde scenario [*hindernis voor vertrek en hindernis voor (hernieuwde) toegang* voor Oostenrijkse onderdanen] betreft, kan worden volstaan met nogmaals erop te wijzen dat dit scenario niet alleen niet het voorwerp van de onderhavige procedure is⁴⁰, maar ook te onzeker en indirect, en dus te ver weg ligt, in de zin van een zojuist geschetste belemmering van het vrije verkeer. Of sprake is van een „belemmering” in de zin van artikel 45, lid 1, VWEU zou immers afhangen van de verwezenlijking van een hypothetische gebeurtenis, namelijk dat een Oostenrijkse werknemer besluit om Oostenrijk *niet* te verlaten voor een academische loopbaan in een andere lidstaat, omdat hij vooruitloopt op het feit dat zijn elders opgedane beroepservaring bij terugkeer naar Oostenrijk niet volledig in aanmerking wordt genomen.

89. In het eerstgenoemde scenario (*hindernis bij toegang*) kan daarentegen de beperkte inaanmerkingneming van voorafgaande beroepservaring redelijkerwijs worden verondersteld niet te indirect en onzeker te zijn om in aanmerking te worden genomen door een onderdaan van een andere lidstaat, zoals verzoekster, die meerdere jaren als senior docent (of in een soortgelijke functie) in een andere lidstaat heeft gewerkt en naar Oostenrijk zou willen verhuizen. Er kan namelijk redelijkerwijs worden verondersteld dat criteria en overwegingen met betrekking tot de berekening van de initiële – en ook per definitie daaropvolgende – bezoldiging een belangrijke rol spelen bij een dergelijke beslissing.

90. Ook dan vormt een dergelijke nationale regel mijns inziens evenwel geen belemmering van het vrije verkeer van werknemers en zulks om een nogal eenvoudige reden: een dergelijke regel discrimineert niet tussen vertrekkers en blijvers bij zowel vertrek als toegang.

91. Dat vertrekkers sowieso ervan kunnen worden afgehouden hun lidstaat van herkomst te verlaten om naar de Universität Wien te gaan, waarmee dus sprake is van een *hindernis voor vertrek* uit Duitsland, is opnieuw niet alleen niet het voorwerp van het onderhavige geval, aangezien er formeel gezien geen Duitse regel wordt beoordeeld, maar vergt tevens een aanname waarvoor in de onderhavige zaak geen onderbouwing bestaat, namelijk dat verzoeksters beroepsrelevante voorafgaande diensttijd volledig in aanmerking zou worden genomen indien zij zou solliciteren bij een andere universiteit in Duitsland of een andere lidstaat dan Oostenrijk. Dat is echter niet vast komen te staan.

92. Waar het, ten tweede, gaat om het argument van een mogelijke *hindernis voor de toegang* tot de Oostenrijkse arbeidsmarkt, hoeft er alleen maar aan te worden herinnerd dat er blijkbaar geen sprake is van discriminatie tussen onderdanen en niet-onderdanen, en zelfs niet tussen vertrekkers en blijvers. Voor elke indienstneming en de inaanmerkingneming hierbij van voorafgaande beroepservaring gelden exact dezelfde voorwaarden. Er is dus niet alleen niet komen vast te staan dat een dergelijke regel in elk geval een grotere impact zou hebben op niet-onderdanen⁴¹, maar het is ook niet duidelijk waarom mobiele werknemers uit andere lidstaten hierdoor harder zouden worden geraakt. Net als wat hierboven al is gezegd, is de veronderstelling dat de kans groter is dat het gaat om mobiele werknemers met meer dan vier jaar aan voorafgaande beroepservaring noch geloofwaardig noch met gegevens onderbouwd; dit is niet meer dan een uit de specifieke situatie van verzoekster geëxtrapoleerd betoog. Wijzen op een individueel geval is evenwel iets totaal anders dan blootleggen van structurele differentiatie die de groep van mobiele werknemers in het bijzonder benadeelt.

40 Punt 38 supra.

41 Punten 56-62 supra.

93. Als het aan mij ligt, zou de analyse van het Hof hier moeten stoppen met de slotsom dat van enige belemmering van het vrije verkeer van werknemers geen sprake is. Ik acht het evenwel nuttig om een paar slotoverwegingen mee te geven in antwoord op de argumenten van verzoekster en de Commissie die in wezen betogen dat de niet-inaanmerkingneming van de volledige omvang van beroepsrelevante voorafgaande diensttijd de beroepsmobiliteit van universiteitspersoneel in de Europese Unie kan ontmoedigen, om op dit specifieke gebied te laten zien wat de gevolgen en gevaren zijn van een te ruime benadering van het begrip belemmering.⁴²

94. Feit is dat er geen sprake is van zoiets als een geïntegreerde arbeidsmarkt voor universiteitspersoneel in de Europese Unie. De kaders voor universiteitspersoneel, inclusief hun arbeidsvoorwaarden (of het nu gaat om indienstneming, bevordering of bezoldiging), verschillen van lidstaat tot lidstaat, of zelfs van universiteit tot universiteit binnen dezelfde staat.

95. De mobiliteit in een dergelijke versnipperde markt kan daarom worden bevorderd door concurrentie toe te laten en te versterken en tegelijkertijd aan te dringen op de openstelling van nationale arbeidsmarkten en de opheffing van indirecte toetredingsbelemmeringen in de vorm van nationale of zelfs nationalistische bijzonderheden die in de huidige tijd mogelijk erg weinig van doen hebben met objectieve beroepskwalificaties. Soms kan wat oorspronkelijk gerechtvaardigd was, geleidelijk verkeren in verstarde tradities en vervolgens in (in-)directe toegangsbelemmeringen.

96. Ik ben het daarentegen wel met de Oostenrijkse regering eens dat door in een geval als het onderhavige te eisen dat het vrije verkeer van werknemers daadwerkelijk garandeert dat elke verandering van werkgever neutraal is⁴³, eerder het tegenovergestelde wordt bereikt van wat de Commissie blijkbaar voor ogen staat; als er al iets wordt bereikt, is dat waarschijnlijk een belemmering van het vrije verkeer van universiteitspersoneel.

97. In de eerste plaats: voor zover het gaat om de specifieke regel zou een dergelijke verstrekkende uitlegging de sociale partners en/of de Oostenrijkse universiteiten er namelijk toe kunnen aanzetten om *geen enkele* voorafgaande beroepservaring in aanmerking te nemen, wat geen werknemer ten goede zou komen.

98. In de tweede plaats: zou, meer algemeen, de werkgever van de gastlidstaat een senior docent uit een andere lidstaat enkel bij exact gelijke bezoldiging en inaanmerkingneming van de beroepservaring zoals verworven in de lidstaat van herkomst in dienst kunnen nemen, dan zou een dergelijke werknemer uiteindelijk „oninzetbaar” zijn vanwege de te hoge bezoldiging (voor het soort werk waarnaar hij solliciteert). Dit zou waarschijnlijk niet alleen een daadwerkelijke belemmering vormen voor de grensoverschrijdende mobiliteit, maar ook, op een bepaald moment, een sociale (leeftijdsgerelateerde) hindernis, omdat het verhuisvermogen van oudere senior docenten dan zeer beperkt is (gezien hun „prijs” op de arbeidsmarkt).

99. In de derde plaats: op structureel niveau zou een ander problematisch gevolg van een dergelijke alomvattende opvatting van het begrip belemmering zijn dat universiteiten in die landen die proberen open te staan voor het aannemen van universiteitspersoneel van andere lidstaten worden gestraft. Het is misschien geen geheim dat er, in termen van openheid van de academische banenmarkten, sprake is van een Europa van verschillende snelheden: er zijn niet alleen open academische banenmarkten in Europa; er zijn er ook die schijnbaar open zijn en die welke het zelfs niet doen voorkomen alsof ze open zijn (of als ze dat doen, er niet erg goed in zijn). Zouden universiteiten of stelsels met een open

⁴² In algemene zin besproken in punten 75-85 supra.

⁴³ In de zin van de in punt 83 supra besproken „sociale neutraliteit”.

banenmarkt van hogerhand worden gedwongen om hun (anderszins redelijke en neutrale) aanwervingsbeleid te wijzigen om tegemoet te komen aan de specifieke en diverse behoeften van mogelijke werknemers uit andere lidstaten, dan zou de wellicht niet erkende maar tamelijk natuurlijke reactie waarschijnlijk zijn dat uit andere lidstaten niemand meer wordt aangenomen.

100. Kortom, onder al deze differentiatie liggen wellicht enigszins tegengestelde visies. Enerzijds is er in wezen de visie van de Commissie die de Europese academische arbeidsmarkt wil zien als één grote „Europese overheidsdienst”, waarbinnen ambtenaren zich vrij zouden moeten kunnen bewegen. De gedachte die aan deze vorm van mobiliteit ten grondslag ligt, zou er een zijn van overplaatsing of detachering binnen een enkel ambtenarenapparaat. Anderzijds is er de visie van de Europese academische arbeidsmarkt als een competitieve marktplaats, waarop geïnformeerde actoren hun eigen keuzes maken over waarheen en waarom zij willen vertrekken wanneer ze zich verplaatsen tussen verschillende en noodzakelijkerwijs verschillende nationale arbeidsmarkten.

101. Zonder zelfs maar een van de verdere problemen die gepaard gaan met dergelijke tegenstrijdige visies aan te snijden – zoals de flagrante mate van paternalisme en de bemoeienis met elke (resterende) vrijheid bij het onderhandelen over een contract, of de vraag hoe een en ander vervolgens overdraagbaar kan zijn op niet-openbare universiteiten of op andere particuliere werkgevers – wordt snel duidelijk wat de struikelblokken zijn van de wens om de eerste beleidskeuze over te brengen op de diverse realiteit van open, halfopen en gesloten, maar in elk geval versnipperde arbeidsmarkten, door middel van een zeer brede opvatting van het begrip belemmering van het vrije verkeer. Kort door de bocht gezegd: elke succesvolle poging om bestaande sociale structuren en gegevens te veranderen moet die werkelijkheid als haar vertrekpunt erkennen.

102. Om al deze redenen moet de eerste vraag mijns inziens als volgt worden beantwoord: artikel 45 VWEU en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 492/2011 verzetten zich niet tegen een bepaling volgens welke beroepsrelevante voorafgaande diensttijd van een senior docent bij indienstneming door de Universität Wien slechts voor een totale periode van vier jaar in aanmerking kan worden genomen, ongeacht of deze diensttijd bij de Universität Wien of bij een andere instelling voor hoger onderwijs in Oostenrijk of in een andere lidstaat is vervuld.

3. Mogelijke rechtvaardiging en evenredigheid

103. Gelet op het zojuist in overweging gegeven antwoord op de eerste vraag van de verwijzende rechter zou het vraagstuk van de mogelijke rechtvaardiging en evenredigheid niet mogen rijzen. Wat evenwel niet valt te verhelten, is dat de exacte strekking van het begrip belemmering van het vrije verkeer van werknemers geen schoolvoorbeeld van analytische zuiverheid is. Om het Hof volledig van dienst te zijn, zal ik daarom een aantal slotargumenten inzake een mogelijke rechtvaardiging en evenredigheid de revue laten passeren.⁴⁴

104. Volgens vaste rechtspraak kunnen nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken, slechts toelaatbaar zijn indien zij een doel van algemeen belang nastreven, geschikt zijn om de verwezenlijking daarvan te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken.⁴⁵

⁴⁴ Met dien verstande dat een dergelijke werkwijze keurig de diffuse aard van de categorieën belemmering/legitiem doel/proportionaliteit onderstreept, waarbij de meeste van de onder het ene kopje opduikende argumenten later opnieuw worden opgepakt en geherformuleerd onder het andere kopje, aldus nogmaals de behoefte aan duidelijkheid met betrekking tot het begrip belemmering onderstrepd. Zie voor soortgelijke kwesties in het kader van de vrijheid van vestiging mijn conclusie in de zaak Hornbach-Baumarkt (C-382/16, EU:C:2017:974, in het bijzonder de punten 28-44 en 128-134).

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld arresten van 12 september 2013, Konstantinides (C-475/11, EU:C:2013:542, punt 50), en 13 juli 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, punt 29).

105. Volgens verzoekster en de Commissie is het beperken van de inaanmerkingneming van voorafgaande beroepservaring tot vier jaar onevenredig aangezien dit, in sommige extreme gevallen, zou leiden tot het verlies van vele jaren voorafgaande beroepservaring als senior docent of soortgelijke werknemer buiten de Universität Wien. In het bijzonder is de Commissie van mening dat een beoordeling van beroepsrelevante voorafgaande diensttijd per geval moet worden verricht.

106. Volgens verweerster en de Oostenrijkse regering schrijft het Unierecht geen inaanmerkingneming van voorafgaande beroepservaring voor. Verweerster heeft besloten om tot maximaal vier jaar aan beroepservaring in aanmerking te nemen met het oog op de toegevoegde waarde die deze ervaring vertegenwoordigt voor senior docenten bij de uitvoering van hun taken. Het plafond van vier jaar wordt in de eerste plaats gerechtvaardigd door het feit dat die duur nuttig en geschikt is om de kwaliteit van het onderwijs te waarborgen. Een langere periode van voorafgaande beroepservaring zal de kwaliteit van het onderwijs meestal niet verder verbeteren. Willen senior docenten verder carrière bij de universiteit maken, dan moeten zij solliciteren naar een andere functie die overeenkomt met een hogere salarisschaal.

107. Bij de beoordeling van de rechtvaardiging en evenredigheid van de voorafgaandediensttijdregel bij de indienstneming ben ik het eens met verweerster en de Oostenrijkse regering.

108. Volgens het Hof is het belonen van de verworven ervaring op een bepaald gebied die de werknemer in staat stelt zijn werkzaamheden beter te verrichten, een legitiem doel van het bezoldigingsbeleid.⁴⁶ Het is dus duidelijk legitiem dat verweerster bij de indienstneming van senior docenten/postdoc hun voorafgaande beroepservaring in aanmerking neemt met het oog op hun indeling in een specifieke salarisschaal. Dit specifieke doel lijkt ook in overeenstemming te zijn met dat van het waarborgen van de kwaliteit van het hoger onderwijs, dat door het Hof reeds als rechtmatig is aangemerkt.⁴⁷

109. Is het echter evenredig om de inaanmerkingneming van voorafgaande beroepservaring te beperken tot vier jaar? Volgens mij wel.

110. Verweerster betoogt dat de keuze voor vier jaar evenredig is met het oog op de specifieke doelstelling om onderwijs van hoge kwaliteit te geven, aangezien de noodzakelijke vaardigheden van een (goede) senior docent vermoedelijk hoofdzakelijk worden verworven in de eerste jaren van het lesgeven. Er kan natuurlijk altijd discussie zijn over de vraag of iemand niet al na een jaar dergelijke vaardigheden heeft opgedaan, en een ander zelfs niet na tien jaar, en of er dus een of andere individuele beoordeling moet plaatsvinden. Maar als wat dit betreft een algemene regel moet worden toegestaan, wat zeker het geval zou moeten zijn, dan zie ik niets onevenredigs in de beperking van een dergelijke periode tot vier jaar.

111. De Commissie heeft deze aanpak ter discussie gesteld en aangevoerd dat er geen *vast* plafond zou moeten worden vastgesteld voor de inaanmerkingneming van voorafgaande beroepservaring en dat veeleer per geval zou moeten worden besloten wat in elk individueel geval geschikt en evenredig is.

112. Ik ben het op dit punt niet eens met de Commissie. Ten eerste is een uitlegging van het evenredigheids criterium die erop neerkomt dat het in feite alle algemene regels verbiedt en in plaats daarvan in elke situatie een beoordeling per geval voorschrijft even verstrekkend als structureel verkeerd. Nationaal recht krijgt, evenals het Unierecht, vaak zijn beslag door algemene ervaringen en veronderstellingen om te zetten in algemene juridische regels. De beoordeling van de evenredigheid van dergelijke regels is dan noodzakelijkerwijs ook abstract in de zin dat ervoor moet worden gezorgd dat de regel in de meeste gevallen niet tot onjuiste resultaten leidt, en niet dat hij in elk afzonderlijk

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld arresten van 18 juni 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 14 maart 2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, punt 39).

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld arrest van 13 november 2003, Neri (C-153/02, EU:C:2003:614, punt 46).

geval perfect is.⁴⁸ Ten tweede hebben duidelijke regels het voordeel dat zij voorspelbaar zijn en willekeur zoveel mogelijk vermijden. Nogmaals: beide beginselen bevorderen in feite het vrije verkeer in de zin dat een potentiële vertrekkers duidelijk en van tevoren de criteria en voorwaarden kan kennen die op hem van toepassing zijn en aldus weloverwogen kan beslissen of hij überhaupt gaat vertrekken.

113. Tot slot moet nogmaals worden benadrukt dat de inaanmerkingneming van voorafgaande diensttijd een discretionaire beleidskeuze van de Universität Wien is die al behoorlijk gunstig is in vergelijking met de kader-cao.⁴⁹ Zoals de regering van Oostenrijk ter terechtzitting in overweging heeft gegeven, zou het standpunt dat artikel 45 VWEU zich verzet tegen de tot vier jaar beperkte inaanmerkingneming van voorafgaande diensttijd ertoe leiden dat werkgevers, wanneer zij enkel kunnen kiezen om of alle voorafgaande diensttijd of geen enkele voorafgaande diensttijd in aanmerking te nemen, waarschijnlijk geen enkele voorafgaande diensttijd in aanmerking nemen. Volgens het Hof beschikken de lidstaten over een ruime beoordelingsvrijheid, niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt.⁵⁰

C. Tweede vraag

114. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een beloningssysteem dat is gebaseerd op bij dezelfde werkgever verworven anciënniteit, terwijl het niet voorziet in de volledige inaanmerkingneming van de elders voltooide beroepsrelevante voorafgaande diensttijd, verenigbaar is met het vrije verkeer van werknemers.

115. Aan de ene kant is deze vraag gekoppeld aan de eerste vraag, omdat hierin eveneens wordt verwezen naar de voorafgaandediensttijdregel. Aan de andere kant voegt zij ook een extra laag toe, namelijk de anciënniteitsregel in de kader-cao krachtens welke de bezoldiging (van senior docenten), *wanneer zij eenmaal in dienst zijn* bij een Oostenrijkse universiteit, hoger wordt naargelang van de anciënniteit binnen de Universität Wien.

116. Volgens verzoekster en de Commissie vormt de *gecombineerde* toepassing van beide regels door de Universität Wien indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. De stijging van het salaris hangt voor het grootste deel af van een ononderbroken aanstelling aan dezelfde Oostenrijkse universiteit. Omdat alleen degenen die vanaf het begin van hun loopbaan voor de Universität Wien hebben gewerkt en hebben beslist niet te verhuizen, profijt kunnen hebben van de inaanmerkingneming van hun gehele voorafgaande diensttijd, worden die werknemers (van wie het waarschijnlijker is dat zij Oostenrijks onderdaan zijn) bevoordeeld. In extreme gevallen kan tot 24 jaar aan anciënniteit verloren gaan bij terugkeer na een vertrek uit die universiteit, zodat werknemers waarschijnlijk ervan worden afgehouden te vertrekken. Besluiten zij om die universiteit te verlaten en later terug te komen, dan zou slechts tot vier jaar van hun in een andere lidstaat voltooide diensttijd in aanmerking worden genomen. Toch kan worden verwacht en verondersteld dat in de loop van een normale academische loopbaan uitwisseling of detachering van personeel zal plaatsvinden.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld een soortgelijke discussie over de evenredigheid van de (algemeen toepasselijke) leeftijdsgrens van 65 jaar voor bepaalde categorieën piloten, waarbij een dergelijke regel eveneens zou kunnen worden aangevochten met het argument dat sommige piloten zelfs op 66-jarige leeftijd erg fit zijn (arrest van 5 juli 2017, Fries, C-190/16, EU:C:2017:513, punten 57-68).

⁴⁹ Zie punt 35 supra.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld arresten van 12 oktober 2010, Rosenblatt (C-45/09, EU:C:2010:601, punt 41), en 14 maart 2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, punt 45).

117. Volgens verweerster en, tot op zekere hoogte, de Oostenrijkse regering, voorziet het systeem van salarisontwikkeling in de kader-cao niet in de inaanmerkingneming van voorafgaande diensttijd, maar in een salarisstijging op basis van anciënniteit. Verzoekster zou geen onderscheid hebben gemaakt tussen de inaanmerkingneming van voorafgaande diensttijd en de anciënniteit in de salarisregeling. De argumenten van verzoekster zouden in tegenspraak zijn met zowel het gehele Oostenrijkse stelsel van cao's als het ambtenarenrecht, aangezien hiermee elke vorm van anciënniteit ontoelaatbaar zou zijn.

118. Zoals ik reeds heb besproken in de inleidende opmerkingen bij deze conclusie⁵¹ heeft de wijze waarop de twee regels en de twee verschillende zaken door de verwijzende rechter zijn samengevoegd in de opmerkingen van de deelnemers aan de procedure en ter terechtzitting voor nogal wat verwarring gezorgd. Twee verschillende regels, die van toepassing zijn op verschillende groepen mensen op verschillende tijdstippen en die verschillende doelen nastreven, zijn samengevoegd met verwijzingen naar hypothetische scenario's die geen voorwerp van de onderhavige zaak vormen.

119. Door de samenvoeging van beide regels treedt dit betoog namelijk aanzienlijk buiten elk denkkader inzake discriminatie of belemmering. Het komt veeleer neer op een verzoek om een volledige herschrijving van nationale regels: wat betreft onderdanen uit andere lidstaten zou de anciënniteitsregel die normaal na het verstrijken van de passende tijd van toepassing is voor iedereen binnen de instelling onmiddellijk bij de indienstneming moeten worden toegepast, waarmee dus feitelijk de voorafgaandediensttijdregel die op dat moment normaal gesproken van toepassing is, wordt vervangen.

120. In deze conclusie heb ik er de voorkeur aan gegeven om eerst in te gaan op de voorafgaandediensttijdregel bij indienstneming en pas daarna, in de context van de tweede vraag, op de anciënniteitsregel die enkel en alleen van toepassing is met het verstrijken van de tijd binnen de Universität Wien. Anders zou het onderzoek naar vergelijkbaarheid en discriminatie onmogelijk zijn, net als elke discussie over een mogelijke rechtvaardiging, omdat beide regels verschillende doelen nastreven.

121. Zoals door verweerster en de Oostenrijkse regering in overweging is gegeven, heeft de anciënniteitsregel, anders dan de voorafgaandediensttijdregel, namelijk niet tot doel om voorafgaande diensttijd in aanmerking te nemen met het oog op de waarborging van de kwaliteit van het onderwijs. Het doel van de anciënniteitsregel is tweeledig: de mogelijkheid van enige loopbaanontwikkeling (horizontale mobiliteit) voor academici die geen wetenschappelijke loopbaan of hoogleraarschap nastreven, terwijl tegelijkertijd loyaliteit jegens één enkele werkgever wordt gegarandeerd.

122. In het algemeen heeft het Hof reeds geoordeeld dat het doel van arbeidsbeleid om de trouw van werknemers aan één enkele werkgever te belonen een dwingende reden van algemeen belang is.⁵² Zoals de Commissie zelf heeft benadrukt, kan het belonen van trouw een beperking van het vrije verkeer rechtvaardigen: het gevoel deel uit te maken van een onderneming kan inderdaad nodig zijn voor een duurzame economische activiteit en zo de vrijheid van ondernemen en de motivatie van werknemers bevorderen.

123. Bovendien zullen de meeste bezoldigingssystemen waarschijnlijk op de een of andere manier rekening houden met de anciënniteit. Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, beschikken de lidstaten en de sociale partners op nationaal niveau over een ruime beoordelingsmarge bij de bepaling van de doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid en de geëigende maatregelen waarmee deze kunnen worden verwezenlijkt.⁵³

⁵¹ Punten 28-33 supra.

⁵² Arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punten 83 en 85), of beschikking van 10 maart 2005, Marhold (C-178/04, niet gepubliceerd, EU:C:2005:164, punt 34).

⁵³ Arresten van 8 september 2011, Hennigs en Mai (C-297/10 en C-298/10, EU:C:2011:560, punt 65), en 5 juli 2012, Hörnfeldt (C-141/11, EU:C:2012:421, punt 32).

124. Gelet op deze algemene opmerkingen en de ruimte die wordt geboden aan het belang van anciënniteit binnen een instelling voor de berekening van de bezoldiging, geef ik het Hof in overweging om de tweede vraag niet-ontvankelijk te verklaren.

125. In de eerste plaats vormt het louter hypothetische vooruitzicht van de uitoefening van het vrije verkeer volgens de rechtspraak van het Hof geen toereikende band met het Unierecht om toepassing van de Unierechtelijke voorschriften te rechtvaardigen.⁵⁴

126. In de omstandigheden van de onderhavige zaak is de tweede vraag hypothetisch, aangezien zij *in abstracto* de kwestie aan de orde stelt van senior docenten die besluiten om van een Oostenrijkse universiteit naar een andere universiteit te gaan en vervolgens terug te komen. Zoals door verweerster terecht is betoogd, staat het feit dat de anciënniteitsregel mogelijk een *hindernis voor vertrek* vormt voor Oostenrijkse onderdanen of, meer in het algemeen, werknemers van een Oostenrijkse universiteit, los van de onderhavige zaak. Verzoekster is Duits onderdaan die het vrije verkeer heeft uitgeoefend door naar Oostenrijk te komen om aan de Universität Wien te werken. Of zij in de toekomst wellicht die universiteit verlaat om aan een andere universiteit in het buitenland te werken (en haar nog meer hypothetische terugkeer) is op dit moment koffiedik kijken.

127. In de tweede plaats verzoekt de verwijzende rechter met de tweede vraag om opheldering met betrekking tot „het vrije verkeer van *voorafgaande diensttijd*” en, strikt genomen, niet wat betreft „het vrije verkeer van *anciënniteit*”. De kwestie van de inaanmerkingneming van de beroepsrelevante voorafgaande diensttijd is evenwel hierboven reeds in het kader van de eerste vraag nogal uitvoerig behandeld, waarbij herhaaldelijk is onderstreept waarom die twee regels niet gewoon op één hoop kunnen worden gegooid.⁵⁵

V. Conclusie

128. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vragen van het Oberlandesgericht Wien te beantwoorden als volgt:

„Artikel 45 VWEU en artikel 7, lid 1, van verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie verzetten zich niet tegen een bepaling volgens welke beroepsrelevante voorafgaande diensttijd van een senior docent bij indienstneming door de Universität Wien slechts voor een totale periode van vier jaar in aanmerking kan worden genomen, ongeacht of deze diensttijd bij de Universität Wien of bij een andere instelling voor hoger onderwijs in Oostenrijk of in een andere lidstaat is vervuld.”

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld arrest van 29 mei 1997, Kremzow (C-299/95, EU:C:1997:254, punt 16).

⁵⁵ Punten 28-33 en 118-120 *supra*.