CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 17 juli 1997 *

1. In deze zaak heeft het Arbeitsgericht Hamburg het Hof om een prejudiciële beslissing gevraagd over de verenigbaarheid van een bepaling van een collectieve arbeidsovereenkomst voor werknemers van de openbare sector met artikel 48 van het Verdrag en artikel 7, lid 1, van verordening (EEG) nr. 1612/68. [1]

De feiten

2. Schöning-Kougebetopoulou (hierna: „verzoekster"), een Grieks onderdaan, is sinds 1 augustus 1993 als medisch specialist werkzaam bij de stad Hamburg. Zij is Angestellte, hetgeen betekent dat zij op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is, en geen Beamte (ambtenaar). Als zodanig wordt haar arbeidsverhouding op grond van de voorwaarden van haar arbeidsovereenkomst geregeld door het Bundesangestelltentarif (de federale collectieve arbeidsovereenkomst voor werknemers die op basis van een contract in de openbare sector werkzaam zijn; hierna: „BAT").

3. Als medisch specialist die als zodanig is ingezet, is verzoekster op grond van het BAT ingedeeld in salarisgroep Ib. Zij is echter van mening, dat zij in een hogere salarisgroep had moeten worden ingedeeld, namelijk groep Ia. Krachtens het BAT wordt een als zodanig ingezet medisch specialist na acht jaar als arts (huisarts of specialist) in salarisgroep Ib werkzaam te zijn geweest, ingedeeld in salarisgroep Ia. Door te bepalen dat de ervaring van acht jaar moet zijn verworven in salarisgroep Ib, houdt het BAT geen rekening met tijdvakken van tewerkstelling, die een nationaal of buitenlands onderdaan heeft vervuld in het buitenland, of ook in Duitsland bij een particuliere werkgever, als ambtenaar in de Duitse openbare sector of als werknemer met een arbeidscontract dat niet door het BAT wordt beheerst of zonder indeling in groep Ib van het BAT.

4. Voordat verzoekster in dienst van de stad Hamburg kwam, was zij van 1 oktober 1986 tot en met 31 augustus 1992 als medisch specialist in de Griekse openbare dienst werkzaam. Zij stelt zich op het standpunt dat de stad Hamburg, door bij haar indeling geen rekening te houden met die ervaring, artikel 48 van het Verdrag en artikel 7, leden 1 en 4, van verordening nr. 1612/68 heeft geschonden.

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — Verordening van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (PB L 257, blz. 2).

5. Artikel 7, leden 1 en 4, luidt als volgt:

„1. 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.

(...)

4. Bepalingen van collectieve of individuele arbeidsovereenkomsten of van enige andere collectieve regeling inzake het aanvaarden van arbeid, de tewerkstelling, de beloning, de overige arbeidsvoorwaarden en de voorwaarden voor ontslag zijn van rechtswege nietig, voor zover daarin discriminerende voorwaarden worden vastgesteld of toegestaan ten opzichte van werknemers die onderdaan zijn van andere lidstaten."

6. De nationale rechter wijst erop, dat het BAT weliswaar geen rechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit bevat, doch dat de voorwaarde om in salarisgroep Ia te worden ingedeeld, niet in het buitenland kan worden vervuld, maar alleen door nationale onderdanen en buitenlanders die in Duitsland werken. Volgens de nationale rechter is het aantal buitenlanders voor wie de regel ongunstig werkt waarschijnlijk aanmerkelijk groter dan het aantal buitenlanders dat door deze regel wordt begunstigd. Zijns inziens behoeft echter niet te worden onderzocht, of deze aantallen voldoende belangrijk zijn, aangezien de voorwaarde voor indeling in de hogere salarisgroep objectief gerechtvaardigd is. De latere indeling in de hogere salarisgroep vormt niet alleen een beloning voor trouw, maar motiveert de werknemer eveneens, doordat hij zijn financiële situatie kan verbeteren zonder van baan te veranderen. Zij is dus een middel om gekwalificeerd personeel aan zijn publieke werkgever te binden, en is vergelijkbaar met het op het aantal dienstjaren berustende bonusstelsel, dat men in de particuliere sector kent. Ten slotte wijst de nationale rechter erop, dat een andere opvatting een discriminatie zou betekenen van Duitse en buitenlandse artsen die hun ervaring in Duitsland, doch niet in de relevante salarisgroep van het BAT hebben opgedaan.

7. Ofschoon de nationale rechter klaarblijkelijk weinig twijfel over de juistheid van zijn opvatting heeft, heeft hij het Hof de volgende vragen voorgelegd:

„1) Is er sprake van schending van artikel 48 EG-Verdrag en artikel 7, leden 1 en 4, van verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, wanneer een CAO voor de openbare dienst een bevordering op grond van anciënniteit na een werkzaamheid

van acht jaar alleen voorziet in een bepaalde salarisgroep van de voor alle personeelsleden van de openbare dienst van de Bondsrepubliek Duitsland geldende CAO (Bundesangestelltentarifvertrag BAT), en een vergelijkbare werkzaamheid in de openbare dienst van een andere lidstaat van de Gemeenschap dus buiten beschouwing blijft?

8. Schöning-Kougebetopoulou, de Franse en de Duitse regering alsmede de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en mondelinge opmerkingen gemaakt. De Spaanse regering heeft geen schriftelijke opmerkingen ingediend, doch was wel ter terechtzitting vertegenwoordigd. Voorts heeft het Hof, in antwoord op een schriftelijke vraag aan de lidstaten, antwoorden ontvangen van de Oostenrijkse, de Deense, de Finse, de Duitse, de Griekse, de Ierse, de Luxemburgse, de Nederlandse, de Spaanse en de Zweedse regering alsmede van de regering van het Verenigd Koninkrijk.

2) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord:

De eerste vraag

Gebiedt artikel 48 juncto verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, dat tijdvakken die artsen in de openbare dienst van een andere lidstaat van de Gemeenschap hebben vervuld, meetellen voor de bevordering op grond van anciënniteit overeenkomstig het BAT, of

9. Volgens verzoekster is de regeling van het BAT in strijd met artikel 48 van het Verdrag alsmede met artikel 7 van verordening nr. 1612/68. Zij bevat een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, welke objectief niet gerechtvaardigd is. De Commissie is het met verzoeksters standpunt eens.

staat het wegens de wilsautonomie van de CAO-partijen niet aan de rechter om daarover te beslissen, zodat hij de beslissing ter zake aan de CAO-partijen moet overlaten?"

10. De Duitse regering is daarentegen van mening, dat de regeling geen rechtstreekse of indirecte discriminatie bevat, en dat zij hoe dan ook objectief gerechtvaardigd is. De Franse en de Spaanse regering sluiten zich bij deze opvatting aan.

11. Vaststaat, dat de regeling van het BAT geen rechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit bevat. Nog niet duidelijk is echter, of zij een indirecte discriminatie oplevert. Een uitgebreide samenvatting van de rechtspraak van het Hof over indirecte discriminatie in de zin van artikel 48 van het Verdrag, kan worden gevonden in het recentelijk gewezen arrest O'Flynn [2], waarin het Hof oordeelde:

„Zo moeten als indirect discriminerend worden beschouwd de voorwaarden van nationaal recht die, hoewel zonder onderscheid naar nationaliteit van toepassing, hoofdzakelijk (zie arresten van 15 januari 1986, Pinna, 41/48, Jurispr. blz. 1, punt 24; 30 mei 1989, Allué en Coonan, 33/88, Jurispr. blz. 1591, punt 12, en het reeds aangehaalde arrest Le Manoir, punt 11) of in de meeste gevallen (zie arresten van 17 november 1992, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-279/89, Jurispr. blz. I-5785, punt 42, en 20 oktober 1993, Spotti, C-272/92, Jurispr. blz. I-5185, punt 18) migrerende werknemers treffen, alsook de zonder onderscheid van toepassing zijnde voorwaarden waaraan nationale werknemers gemakkelijker kunnen voldoen dan migrerende werknemers (zie arrest Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald, punt 10, en het arrest van 4 oktober 1991, Paraschi, C-349/87, Jurispr. blz. I-4501, punt 23), of die in het bijzonder voor migrerende werknemers nadelig kunnen uitvallen (zie arresten van 8 mei 1990, Biehl, C-175/88, Jurispr. blz. I-1779, punt 14, en 28 januari 1992, Bachmann, C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 9).

Dit is slechts anders wanneer die bepalingen worden gerechtvaardigd door objectieve overwegingen die los staan van de nationaliteit van de betrokken werknemers, en zij evenredig zijn aan het rechtmatig door het nationale recht nagestreefde doel (zie in deze zin de arresten Bachmann, reeds aangehaald, punt 27, Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald, punt 12, en het arrest van 2 augustus 1993, Allué e. a., C-259/91, C-331/91 en C-332/91, Jurispr. blz. I-4309, punt 15)." [3]

12. Mijns inziens is duidelijk, dat de bepalingen van het BAT met name ten nadele van migrerende werknemers werken. Een medisch specialist die een deel van zijn loopbaan in de openbare dienst van een andere lidstaat werkzaam is geweest, ondervindt het nadeel, dat voor de indeling in de salarisgroep nooit rekening kan worden gehouden met zijn tewerkstelling in die lidstaat. Medische specialisten die steeds binnen de werkingssfeer van het BAT werkzaam zijn geweest kunnen echter verlangen, dat met de volledige periode van hun tewerkstelling als arts rekening wordt gehouden.

13. Van de werknemers van de openbare sector die gedurende hun gehele loopbaan in Duitsland werkzaam zijn, kunnen alleen degenen die een buiten de werkingssfeer van het BAT vallende werkzaamheid verruilen voor een werkzaamheid die binnen die werkingssfeer valt, hetzelfde nadeel als migrerende werknemers ondervinden. Het gaat hier waarschijnlijk om een klein deel van de werknemers die in de Duitse openbare dienst

2 — Arrest van 23 mei 1996 (C-237/94, Jurispr. blz. I-2617).

3 — Punten 18 en 19 van het arrest.

werkzaam zijn. De ruime werkingssfeer van het BAT biedt werknemers van de openbare dienst een aanzienlijke mobiliteit tussen de werkgevers van de openbare sector, zonder dat er sprake is van enig financieel nadeel. Bovendien kan niet worden gesteld, dat alle artsen die in de openbare dienst werkzaam zijn, doch niet onder het BAT vallen, door de regeling van het BAT daadwerkelijk worden benadeeld. De meeste werknemers die niet onder het BAT vallen hebben hun eigen, in sommige gevallen betere loopbaanregeling, zoals de regelingen voor ambtenaren, andere collectieve overeenkomsten of specifiek met hun werkgever gesloten overeenkomsten. [4] De regeling van het BAT werkt echter wel ten nadele van iedere migrerende werknemer die in de Duitse openbare dienst wordt tewerkgesteld.

14. Het feit dat sommige werknemers van de Duitse openbare dienst, door het ontbreken van overeenstemming tussen de voor de verschillende beroepsgroepen geldende regelingen, dezelfde nadelen ondervinden als migrerende werknemers, kan nauwelijks rechtvaardigen, dat alle migrerende werknemers die in de Duitse openbare dienst tewerk worden gesteld, de voordelen worden ontzegd die een volledige — en klaarblijkelijk grootste — groep van werknemers van de Duitse openbare dienst geniet.

15. De onhoudbaarheid van het standpunt van de Duitse regering is bijzonder duidelijk, indien men overweegt hoe de situatie zou zijn, wanneer de regel van het BAT ook werd opgenomen in de regelingen die voor andere werknemers of beroepsgroepen van de openbare dienst gelden. Indien de opvatting van de Duitse regering werd gevolgd, zou geen van deze regelingen, op zich beschouwd, als discriminerend worden aangemerkt, aangezien er andere beroepsgroepen en werknemers van de openbare dienst zijn die niet onder die regelingen vallen. Toch zou het cumulatieve gevolg van deze regeling zijn, dat migrerende werknemers in de gehele Duitse openbare dienst, wat hun indeling in een salarisgroep betreft, worden benadeeld.

De objectieve rechtvaardiging van de regeling

16. In casu zijn twee tegenstrijdige argumenten voor een objectieve rechtvaardiging van de regeling van het BAT aangevoerd. Enerzijds hebben de Franse en de Spaanse regering, zich baserend op de argumenten van de nationale rechter [5], gesteld, dat de beperkingen van de mobiliteit worden gerechtvaardigd door de bijzondere kenmerken van de openbare dienst. Anderzijds stelt de Duitse regering, dat het BAT vergelijkbaar is met de collectieve overeenkomsten in de particuliere sector en ontkent zij zelfs, dat het een regeling is die uitsluitend voor de openbare sector geldt. De regeling zou tot doel hebben, de continuïteit van het personeel te bevorderen, doordat trouw ten opzichte van de binnen de werkingssfeer van het BAT vallende

4 — Zo heeft de Duitse regering in antwoord op de schriftelijke vragen van het Hof uiteengezet, dat het Land Berlin weliswaar niet langer binnen de werkingssfeer van het BAT valt, doch dat het een specifieke collectieve overeenkomst heeft gesloten, bepalende dat de collectieve overeenkomsten worden aanvaard die krachtens het BAT worden gesloten door de Tarifgemeinschaft deutscher Länder, het orgaan dat de andere Länder vertegenwoordigt.

5 — In punt 6 hierboven uiteengezet.

werkgevers als groep wordt beloond. Ik zal achtereenvolgens op deze argumenten ingaan.

De rechtvaardiging ontleend aan het karakter van de openbare dienst

17. In de eerste plaats staat vast, dat het beroep van medisch specialist buiten de werkingssfeer van artikel 48, lid 4, van het Verdrag valt. Het Hof heeft geoordeeld, dat die bepaling enkel geldt voor betrekkingen die „bij de functionaris een bijzondere band van solidariteit ten opzichte van de staat [onderstellen] en een wederkerigheid van rechten en plichten die de grondslag vormen van de nationaliteitsverhouding". [6] Artikel 48, lid 4, staat in geen geval discriminerende maatregelen toe op het gebied van de beloning of andere arbeidsvoorwaarden, indien buitenlandse werknemers eenmaal tot de overheidsdienst zijn toegelaten. [7]

18. In de onderhavige zaak kan daarom niet worden gesproken van solidariteit ten opzichte van de staat in bovengenoemde zin. De vraag blijft echter, of de regeling van het BAT kan worden gerechtvaardigd door de bijzondere kenmerken van de tewerkstelling in de openbare dienst. Bij het onderzoek van deze vraag moet het arrest Scholz als uitgangspunt dienen. [8] In die zaak baseerde een openbare instelling, namelijk een Italiaanse universiteit, haar selectiecriteria voor een betrekking als restaurantmedewerker ten dele op de duur van eerdere beroepswerkzaamheden in overheidsdienst. Het Hof oordeelde, dat het verzuim van de universiteit om rekening te houden met de beroepservaring die de sollicitante in de openbare dienst van een andere lidstaat (de Duitse posterijen) had verworven, een ongerechtvaardigde indirecte discriminatie opleverde.

19. De Franse en de Spaanse regering zijn echter van mening, dat de uitspraak in het arrest Scholz over de aanstelling in de openbare dienst niet kan worden toegepast op de onderhavige zaak, die een indeling betreft. Zij betogen, dat in stelsels zoals die in hun staat bestaan, de tewerkstelling in de openbare dienst verbonden is met het aangaan van wederzijdse verplichtingen door werkgever en werknemer. Bij gebreke van geharmoniseerde regelingen over loopbaanstructuren en bezoldiging, zou de erkenning van dienstjaren vervuld in de openbare dienst van een andere lidstaat, de structuren van hun openbare dienst verstoren.

20. Ter terechtzitting gaf de Spaanse regering het voorbeeld van twee in verschillende lidstaten tewerkgestelde leraren of artsen. De werknemer in lidstaat A moet een aantal jaren geduldig afwachten voordat zijn salaris overeenkomstig zijn diensttijd automatisch wordt verhoogd; de werknemer in lidstaat B

6 — Arresten van 17 december 1980, Commissie/België (149/79, Jurispr. blz. 3881, punt 10), en 3 juni 1986, Commissie/Frankrijk (307/84, Jurispr. blz. 1725, punt 12).

7 — Arrest van 12 februari 1974, Sotgiu (152/73, Jurispr. blz. 153, punt 4).

8 — Arrest van 23 februari 1994 (C-419/92, Jurispr. blz. I-505).

geniet op grond van een flexibeler indelingsregeling van meet af aan een hoger salaris. Indien lidstaat A rekening dient te houden met de door laatstgenoemde werknemer in lidstaat B verworven ervaring, zouden niet te vergelijken dienstjaren met elkaar gelijk worden gesteld.

21. De Franse regering stelde ter terechtzitting echter, dat de belangen van het vrije verkeer en van het behoud van nationale openbare diensten in zaken als de onderhavige daardoor met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht, door te verlangen, in de eerste plaats, dat de tewerkstelling van de migrerende werknemer in de openbare dienst is geweest of bij een orgaan dat het openbaar belang dient en, in de tweede plaats, dat de verrichte werkzaamheden, het niveau van de vereiste kwalificaties en de hoogte van de salarissen met elkaar worden vergeleken.

22. Zoals in mijn conclusie in de zaak Scholz [9] reeds gezegd, ben ik bereid te accepteren, dat werknemers in de openbare dienst een speciaal ethos delen, dat relevant kan zijn voor de beantwoording van de vraag, of bij de aanstelling en de bevordering in de openbare dienst rekening moet worden gehouden met tijdvakken van tewerkstelling. Werknemers in de openbare sector kunnen worden gemotiveerd door factoren die in belangrijke mate verschillen van de in de privésector heersende factoren. Kenmerkend hiervoor is, dat een betrekking in overheidsdienst de bereidheid impliceert om een betrekkelijk bescheiden financiële beloning te aanvaarden in ruil voor grotere zekerheid op lange termijn, tegelijkertijd misschien met de voldoening om de samenleving te dienen. Bevordering kan ten dele als een beloning voor die dienst worden aangemerkt.

23. Ofschoon de gebieden die tot de openbare dienst moeten worden gerekend wellicht moeilijk zijn aan te geven, stem ik daarom toch in met het standpunt van de Franse regering, dat een lidstaat de in aanmerking te nemen tijdvakken van tewerkstelling mag beperken tot die welke in de openbare dienst werden vervuld. Zoals in mijn conclusie in de zaak Scholz reeds gezegd, ben ik echter niet van mening, dat het bijzondere ethos van de openbare dienst een rechtvaardiging kan vormen voor het niet in aanmerking nemen van tijdvakken die in de openbare dienst van een andere lidstaat werden vervuld.

24. Wat het argument van de Franse en de Spaanse regering over de verschillende loopbaanstructuren betreft, geef ik toe, dat er aanzienlijke verschillen tussen de lidstaten bestaan in de regels voor de tewerkstelling van werknemers in de openbare dienst. In voormelde schriftelijke vraag vroeg het Hof de lidstaten om aan te geven, of tijdvakken van tewerkstelling in een andere lidstaat in aanmerking werden genomen voor de bepaling van de anciënniteit in hun openbare dienst. De antwoorden tonen aan, dat de structuren van de openbare dienst van de lidstaten aanzienlijk verschillen. Zij variëren van een uiterst flexibel systeem in Zweden,

9 — Zie de punten 27 en 28 van de conclusie.

waar de bezoldiging op individuele basis wordt vastgesteld, tot de nogal starre systemen in Frankrijk, Spanje en Duitsland. In een aantal lidstaten, waaronder Oostenrijk, Denemarken, Nederland, Zweden en het Verenigd Koninkrijk, wordt bij de aanstelling, althans tot op zekere hoogte, rekening gehouden met vroegere relevante ervaring, met inbegrip van in een andere lidstaat verworven ervaring, maar speelt het aantal dienstjaren voor toekomstige indeling niet automatisch een rol. In andere lidstaten, met name Frankrijk, Duitsland, Luxemburg en Spanje, speelt de anciënniteit een formele rol bij de latere indeling en loonontwikkeling. Bovendien is gebleken, dat momenteel weinig of geen rekening wordt gehouden met vroegere tijdvakken van tewerkstelling in een andere lidstaat [10]; de Helleense Republiek vormt kennelijk een uitzondering, aangezien zij, ofschoon zij eveneens een stelsel van automatische bevordering toepast, onlangs een wet heeft aangenomen [11] waarin uitdrukkelijk wordt bepaald, dat voor bevordering rekening zal worden gehouden met tijdvakken van tewerkstelling die in de openbare dienst van een andere lidstaat werden vervuld.

25. Ondanks de verschillende structuren van de openbare diensten verrichten werknemers van de openbare sector in de verschillende lidstaten in wezen soortgelijke taken en hebben zij zonder enige twijfel dezelfde soort motivatie. Het feit dat voor een werknemer van de openbare sector gedurende zijn tewerkstelling in de openbare dienst van een andere lidstaat andere voorwaarden golden, kan niet rechtvaardigen, dat de tijdvakken van tewerkstelling in die staat niet worden erkend. Indien dit wel het geval was, zou een lidstaat een migrerend werknemer ten opzichte van nationale werknemers van de openbare dienst voortdurend mogen benadelen, alleen omdat voor hem in het verleden een flexibeler loopbaanstructuur heeft gegolden of heeft kunnen gelden. Dit zou tot een compartimentering van de nationale openbare diensten bijdragen en een aanzienlijke belemmering voor de mobiliteit van werknemers van de openbare dienst in de Gemeenschap vormen.

26. In elk geval lijkt mij, dat de Franse en de Spaanse regering een aantal aspecten over het hoofd zien. Het kan zijn, dat de flexibeler loopbaanstructuren in de openbare diensten van sommige lidstaten hogere aanvangssalarissen en een snellere bevordering voor bepaalde werknemers mogelijk maken. Meer flexibiliteit betekent echter ook, dat aan de werknemers van de openbare dienst hogere eisen worden gesteld: bevordering en zelfs de voortzetting van het dienstverband kunnen in bepaalde mate afhankelijk zijn van de prestatie. Het argument dat het ten opzichte van de collega's van een migrerend werknemer niet eerlijk zou zijn om zijn tijdvakken van tewerkstelling in de openbare dienst van een andere lidstaat te erkennen, houdt geen rekening met de nadelen die hij verhoudingsgewijs heeft kunnen ondervinden.

10 — Krachtens een wet van 16 december 1996 houdt Frankrijk bij de berekening van de anciënniteit thans rekening met tijdvakken van verplichte militaire dienst die in een andere lidstaat of EER-staat werden vervuld.

11 — Wet nr. 2470 van 21 maart 1997.

27. Bovendien is niet gesteld, dat de verschillende loopbaanstructuren de werknemers van de openbare dienst op zich ertoe zouden bewegen, de openbare dienst van de ene te verruilen voor die van de andere lidstaat. Hoe het ook zij, zelfs in de particuliere sector, en met name in de beroepen, kunnen tussen de lidstaten aanmerkelijke verschillen in loopbaanstructuren bestaan.

Trouw ten opzichte van een werkgever of een groep van werkgevers

28. De Duitse regering heeft zich niet beroepen op de bijzondere kenmerken van de tewerkstelling in de openbare dienst. Met het belonen van langdurige trouw ten opzichte van een werkgever, zou de regeling van het BAT zich niet onderscheiden van hetgeen een particuliere werkgever of een groep van particuliere werkgevers gezamenlijk zou doen. In feite heeft de Duitse regering geprobeerd aan te tonen, dat het BAT ten dele ook voor de particuliere sector geldt.

29. Ik ben het met de Commissie eens, dat regelingen die door een onderneming (of een groep van ondernemingen met dezelfde eigenaar) worden getroffen om werknemers voor een langdurig dienstverband te belonen, niet noodzakelijkerwijs een ongerechtvaardigde discriminatie meebrengen. Gelijk de Commissie echter stelt, valt moeilijk in te zien, hoe de krachtens het BAT getroffen regelingen gelijk kunnen worden gesteld met het belonen van trouw door een bepaalde particuliere werkgever, aangezien rekening wordt gehouden met elke werkzaamheid bij een aan het BAT onderworpen werkgever. Het is duidelijk, dat het BAT geldt voor een reeks juridisch gescheiden werkgevers met ten dele tegenstrijdige belangen en gedragslijnen, die slechts in beperkte mate gemeenschappelijke structuren, werkwijzen of institutionele doelstellingen hebben.

30. De Duitse regering antwoordt hierop, dat men zich kan voorstellen, dat een aantal particuliere werkgevers gezamenlijk overeenkomt om een aantal regelingen als die van het BAT te treffen. Ter terechtzitting gaf zij het voorbeeld van twee autofabrikanten die met de betrokken vakbonden een collectieve regeling overeenkomen, op grond waarvan zij in het kader van hun regelingen betreffende het belonen van trouw, rekening zullen houden met tijdvakken van tewerkstelling bij de andere onderneming.

31. Daar het in dat geval niet om één enkele werkgever gaat, vormt een dergelijke regeling, gesteld dat deze verenigbaar is met artikel 85 van het Verdrag, echter geen beloning voor trouw in de gebruikelijke zin van het woord. Tijdvakken van tewerkstelling bij een concurrent kunnen moeilijk als bewijs van trouw ten opzichte van de eigen werkgever worden aangemerkt. In elk geval kan het doel van een dergelijke regeling niet uitsluitend in het belonen van trouw bestaan, aangezien dat doel beter kan worden verwezenlijkt door het treffen van regelingen met de individuele werkgever.

32. Hetzelfde geldt voor het BAT. Indien het BAT enkel tot doel had, de trouw van een werknemer ten opzichte van zijn werkgever te belonen, zou elke werkgever zijn eigen regelingen kunnen treffen of, indien men uniforme voorwaarden wil, zouden zij gezamenlijk overeenstemming kunnen bereiken over de voorwaarden die elke werkgever zelfstandig toepast, zonder enige bepaling over de wederzijdse erkenning van tijdvakken van tewerkstelling. Dit zou voor de partijen bij het BAT juist wegens het feit waardoor migrerende werknemers in het kader van de huidige regeling worden benadeeld, waarschijnlijk onaanvaardbaar zijn. Het belemmert namelijk de mobiliteit, niet alleen voor migrerende werknemers (en een klein aantal Duitse werknemers van de openbare dienst), maar voor de meerderheid van de werknemers van de Duitse openbare dienst, doordat het die dienst onderverdeelt. Het BAT gaat dus verder dan het belonen van trouw, doordat het daarnaast een aanzienlijke mobiliteit voor de meerderheid van de werknemers van de openbare dienst mogelijk maakt.

33. Ten slotte rijst door de stelling van de Duitse regering, dat het BAT ten dele ook in de particuliere sector geldt, twijfel over de vraag, of het wel conform de wet is om de tijdvakken van tewerkstelling die in aanmerking moeten worden genomen, te beperken tot die welke in de openbare sector werden vervuld. De vragen van de nationale rechter zijn echter gebaseerd op het uitgangspunt, dat het BAT een regeling voor de publieke sector is, en in elk geval staat vast, dat verzoeksters eerdere tewerkstelling als arts in de Griekse openbare dienst was.

De tweede vraag

34. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of, aangenomen dat de regeling van het BAT onwettig is, hij moet gelasten, dat rekening wordt gehouden met tijdvakken van tewerkstelling vervuld in een andere lidstaat of dat hij deze beslissing, gelet op de contractvrijheid van partijen, aan hen moet overlaten.

35. Wat deze vraag betreft, deel ik het standpunt van de Commissie, dat voor deze vraag te rade moet worden gegaan bij de rechtspraak van het Hof over discriminatie op grond van geslacht, en met name de arresten McDermott en Cotter [12] en Van Cant. [13] Op grond van artikel 7, lid 4, van verordening nr. 1612/68 is de bepaling van het BAT van rechtswege nietig, voor zover daarin discriminerende voorwaarden worden vastgesteld of toegestaan ten opzichte van werknemers die onderdaan zijn van andere lidstaten. Het staat daarom aan de partijen bij het BAT, de nodige wijzigingen vast te stellen teneinde de discriminatie op te heffen. Zolang die wijzigingen nog niet zijn vastgesteld, vormen de voor de bevoordeelde groep geldende regels het enige juiste referentiepunt.

12 — Arrest van 24 maart 1987 (286/85, Jurispr. blz. 1453, punt 19).

13 — Arrest van 1 juli 1993 (C-154/92, Jurispr. blz. I-3811, punt 20).

36. Gelijk de Commissie opmerkt, zal de nationale rechter in een dergelijk geval de gelijkwaardigheid moeten onderzoeken van de in de openbare dienst van de andere lidstaat vervulde tijdvakken van tewerkstelling. Hierover lijkt in het geval van verzoekster echter geen twijfel te bestaan. Het BAT vereist voor de bevordering naar salarisgroep Ia een werkzaamheid van acht jaar als arts, en partijen zijn het er klaarblijkelijk over eens, dat verzoekster gedurende de jaren waarvan zij erkenning verlangt, als arts in de Griekse openbare dienst werkzaam was.

Conclusie

37. Ik geef het Hof daarom in overweging, de vragen van het Arbeitsgericht Hamburg te beantwoorden als volgt:

„1) Een bepaling van een collectieve arbeidsovereenkomst voor de openbare dienst van een lidstaat, die voorziet in een bevordering op grond van anciënniteit na een werkzaamheid van acht jaar in een door die overeenkomst bepaalde salarisgroep en die geen rekening houdt met vergelijkbare tijdvakken van tewerkstelling in de openbare dienst van een andere lidstaat, is in strijd met artikel 48 van het Verdrag en artikel 7, lid 1, van verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, en is krachtens artikel 7, lid 4, van die verordening van rechtswege nietig, voor zover daarin discriminerende voorwaarden worden vastgesteld of toegestaan ten opzichte van werknemers die onderdaan zijn van andere lidstaten.

2) Zolang de discriminatie door een wijziging van de voorwaarden van de collectieve arbeidsovereenkomst niet is opgeheven, vereist artikel 48 van het Verdrag juncto artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1612/68, dat de in de overeenkomst opgenomen voordelen worden uitgebreid tot een migrerend werknemer, zodat een vergelijkbare werkzaamheid in de openbare dienst van een andere lidstaat in gelijke mate wordt erkend."