3. **Wanneer als criterium voor de toekenning van een ontheemdingstoelage in aanmerking wordt genomen dat een werknemer zijn woonplaats in een andere Lid-Staat heeft, kan zulks al naar de omstandigheden een in artikel 7, leden 1 en 4, van verordening nr. 1612/68 verboden discriminatie opleveren. Dit is echter niet het geval, indien in de regeling betreffende een dergelijke toelage rekening wordt gehouden met objectieve verschillen in de situatie van de werknemers naar gelang zij bij de aanvaarding hunner betrekking hun woonplaats in het land zelf of in het buitenland hebben.**

Lecourt Donner Sørensen Monaco Mertens de Wilmari
Pescatore Kutscher Ó Dálaigh Mackenzie Stuart

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op twaalf februar negentienhonderdvierenzeventig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President
R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL H. MAYRAS VAN 5 DECEMBER 1973 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Inleiding

Artikel 48 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap huldigt het beginsel van het vrije verkeer van werknemers binnen de gemeenschappelijke markt; dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der Lid-Staten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en overige arbeidsvoorwaarden.

Hierop wordt echter een uitzondering gemaakt in lid 4 van dit artikel waarvan de bepalingen „niet van toepassing zijn op de betrekkingen in overheidsdienst".

Naar aanleiding van de prejudiciële vragen welke U overeenkomstig artikel 177 van het Verdrag door het Bundesarbeitsgericht te Kassel zijn voorgelegd, zult U — voor zoveel ons bekend voor de eerste maal — de draagwijdte van deze uitzondering hebben te bepalen in Uw uit-

1 — Vertaald uit het Frans.

spraak over de betekenis van de uitdrukking „betrekkingen in overheidsdienst".

Aan de zaak voor het Bundesarbeitsgericht ligt een eenvoudige toedracht ten grondslag.

Een Italiaans onderdaan, de heer Sotgiu, is sedert 1955 als beambte bij de Deutsche Bundespost te Stuttgart werkzaam, terwijl zijn gezin in Italië is blijven wonen.

De bezoldiging van de heer Sotgiu omvat overeenkomstig de op de werknemers bij de Bundespost toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst een ontheemdingstoelage die aanvankelijk voor eenieder 7,50 DM per dag bedroeg.

Ingevolge een circulaire van de minister van Binnenlandse Zaken werd het bedrag van de ontheemdingstoelage met ingang van 1 april 1965 vastgesteld op 10 DM per dag voor werknemers die in een andere plaats zijn te werk gesteld dan de woonplaats van hun gezin, indien deze woonplaats op het grondgebied van de Bondsrepubliek is gelegen.

De werknemers wier eigenlijke woonplaats in het buitenland is gelegen, hebben daarentegen slechts aanspraak op een dagtoelage van 7,50 DM. Dit geldt voor de heer Sotgiu die dit verschil in bedragen ziet als een discriminatie in strijd met artikel 48 van het Verdrag en 's Raads verordening van 15 oktober 1968 (nr. 1612/68) betreffende het vrije verkeer van werknemers en deswege een actie heeft ingesteld tegen zijn werkgever. Na in eerste aanleg en vervolgens in hoger beroep in het ongelijk te zijn gesteld, tekende verzoeker in het hoofdgeding cassatie aan bij het Bundesarbeitsgericht, hetwelk U thans in de eerste plaats vraagt, of artikel 48, lid 4, van het Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat artikel 7, leden 1 en 4, van 's Raads verordening niet van toepassing is op migrerende werknemers die krachtens een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst bij de Deutsche Bundespost werkzaam zijn.

I — Het begrip „betrekking in overheidsdienst" in de zin van het Gemeenschapsrecht

Zoals blijkt uit de overwegingen van de verwijzingsbeschikking, vallen volgens de Duitse rechter de posterijen weliswaar onder de Duitse overheid, die is onderworpen aan het recht inzake het openbare ambt en waarvan de werkzaamheden een souverein rechtskarakter hebben — dus waarbij prerogatieven van de overheidsmacht worden uitgeoefend —, doch is alleen bij functionarissen van deze dienst, die de hoedanigheid van ambtenaar hebben, sprake van „betrekkingen in overheidsdienst" in de zin van artikel 48, lid 4, van het Verdrag.

Voor werknemers bij de posterijen wier positie niet door een publiekrechtelijk statuut maar door een privaatrechtelijke overeenkomst wordt beheerst, zou de uitzondering van lid 4 daarentegen niet gelden.

Het criterium voor de uitlegging van deze verdragsbepaling zou derhalve noch de juridische hoedanigheid van de werkgever als overheidsdienst, noch de aard van de uitgeoefende functie zijn, maar het rechtskarakter van de band tussen de werknemer en de dienst waarbij hij werkt. Indien dit een publiekrechtelijke band is, zou de uitzondering van toepassing zijn; zo niet, dus in geval van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst, zouden de bepalingen van lid 4 zich er niet tegen verzetten dat de werknemer, die onderdaan is van een Lid-Staat, de rechten geniet welke bij verordening nr. 1612/68 aan migrerenden worden toegezegd.

In werkelijkheid dient men bij deze vraag dieper te gaan en te onderzoeken langs welke wegen de betrokken bepaling kan worden geïnterpreteerd in het licht van de geest en de doelstellingen van het Verdrag op het stuk van het vrije verkeer van werknemers.

De weg die, om te beginnen, de regering van de Bondsrepubliek volgt, gaat ervan uit dat de Gemeenschap zelf geen staats-

bestel is maar op het staatsbestel van de Lid-Staten berust. Het begrip overheidsdienst, waarnaar artikel 48, lid 4, zonder nadere uitleg verwijst, kan derhalve slechts worden uitgelegd aan de hand van de onderscheiden nationale concepties. Enerzijds kan elke Lid-Staat aan een werkzaamheid die hij ter voorziening in een behoefte van algemeen belang noodzakelijk acht, het karakter van openbare dienst geven, dus de structuur van zijn administratie inrichten naar eigen goeddunken; anderzijds kan hij, indien noodzakelijk geacht, verlangen dat de betrekkingen in dit bestuursapparaat aan eigen onderdanen worden voorbehouden, ongeacht de aard van de in dergelijke betrekkingen verrichte werkzaamheden.

Deze vergaande opvatting van de staatssoevereiniteit stuit in de klassieke internationale rechtsbetrekkingen niet op bijzondere bezwaren. Zo bepaalt artikel 13 van het Europees Vestigingsverdrag van 13 december 1955: „iedere verdragsluitende partij kan aan haar eigen onderdanen de uitoefening voorbehouden van openbare ambten of activiteiten welke verband houden met nationale veiligheid of verdediging, dan wel de uitoefening van deze activiteiten door vreemdelingen aan speciale voorwaarden onderwerpen".

De toetsing van deze bevoegdheid — en bijgevolg, de omschrijving van hetgeen onder „openbaar ambt" dient te worden verstaan — vindt volgens afdeling I van het aan dit verdrag gehechte Protocol plaats „naar nationale criteria".

Maar afgezien van het feit dat artikel 48, lid 4, niet naar dergelijke nationale criteria verwijst voor de definitie van het begrip overheidsdienst, moet ernstig worden betwijfeld of in verband met de doelstellingen en de geest van de Europese Economische Gemeenschap een dergelijke uitleg, die steunt op de voorrang van de soevereiniteit der staten, geoorloofd is.

Hoewel elk der Lid-Staten — in beginsel — onmiskenbaar bevoegd blijft administratie van zijn eigen bestuur of van zijn gedecentraliseerde eenheden zelf in te richten, zij opgemerkt dat op de terreinen waar eigen bevoegdheden zijn overgedragen aan de Gemeenschapsorganen, de voorrang, de rechtstreekse werking en de vereiste eenvormige toepassing van de door deze organen uitgevaardigde regels niet mogen wijken voor interpretatiecriteria die elk der Lid-Staten zouden toestaan de draagwijdte van deze Gemeenschapsnormen naar eigen goeddunken te bepalen, dat wil zeggen, uit te breiden of te beperken.

U hebt zich in dit opzicht reeds zo vaak en constant voor deze beginselen uitgesproken dat wij hierover meer behoeven uit te weiden.

Daarin schuilt het wezenlijke onderscheid tussen het Verdrag van Rome als integratie-instrument op economisch en sociaal gebied, en klassieke volkenrechtelijke verdragen.

Enerzijds behoort de tenuitvoerlegging van het beginsel van het vrije verkeer van werknemers ongetwijfeld tot de bevoegdheden van de Gemeenschap, zoals ook blijkt uit artikel 49, dat de Raad bevoegd verklaart bij wege van richtlijnen of verordeningen de maatregelen vast te stellen welke nodig zijn om tot een daadwerkelijke toepassing van dat beginsel te komen.

Daar anderzijds het vrije verkeer moet worden beschouwd als één der door het Verdrag aan de werknemers der Lid-Staten gewaarborgde fundamentele vrijheden, komt het ons voor dat de uitzondering van artikel 48, lid 4, zowel in enge zin als in elk dezer staten eenvormig moet worden uitgelegd, hetgeen een beroep op nationale criteria ten deze uitsluit.

Wat zou de vrijheid van verkeer immers nog inhouden, indien elke Lid-Staat praktisch automatisch de uitzondering van lid 4 in werking zou kunnen stellen door aan een overheidsdienst, in de zin van zijn nationaal recht, een bepaalde werkzaamheid op te dragen, die door hem wordt beschouwd als een taak van algemeen belang?

Elke staat heeft ongetwijfeld de bevoegdheid het werkgebied van zijn overheidsapparaat te bepalen, en hetzij rechtstreeks hetzij door middel van gedecentraliseerde publiekrechtelijke organen werkzaamheden op zich te nemen die elders aan het particulier initiatief worden overgelaten. Daarin laat hij zijn eigen opvatting over staatsbemoeienis met het nationale leven gelden. Doch als lid van de Gemeenschap mag hij uit dien hoofde niet meer vrijelijk de werkingssfeer van het vrije verkeer van werknemers beperken.

Wij delen derhalve de mening van de Commissie, dat het begrip „betrekking in overheidsdienst" in communautaire, autonome zin moet worden gedefinieerd, los van nationale criteria die wisselen naar gelang van de opvatting van elke staat over zijn taken en over de structuur van de hiermee belaste organen.

Het is aan Uw Hof om zo mogelijk tot een dergelijke definitie te komen.

Daar de tekst zelf geen uitkomst biedt, dient de *ratio* allereerst te worden gezocht in de bedoelingen van de verdragsauteurs. Ongetwijfeld hebben zij door de uitzondering van lid 4 de staten de mogelijkheid willen geven die openbare betrekkingen welke de ambtsbekleders in staat stellen rechtstreeks deel te nemen aan de uitoefening van het overheidsgezag, of, meer in het algemeen, gebruik te maken van de prerogatieven van de overheid tegenover particulieren, aan eigen onderdanen voor te behouden. Aldus opgevat kan men stellen dat de uitdrukking „overheidsdienst" een rechtstreeks door de staat uitgeoefende bevoegdheid inhoudt. De enkele verbondenheid aan een overheidsdienst is echter niet voldoende om een betrekking buiten het toepassingsgebied van artikel 48 te brengen (Mégret, Le droit de la Communauté européenne, deel 3, blz. 6). Deze restrictieve interpretatie wordt eveneens in de meeste commentaren op het Verdrag verdedigd.

In een op 17 januari 1972 aangenomen resolutie stelt het Europees Parlement weliswaar dat „artikel 48, lid 4, kan worden toegepast op iedere betrekking welke door een Lid-Staat tot zijn overheidsdienst wordt gerekend, ongeacht de inhoud van de in het kader van deze betrekking verrichte werkzaamheden", hetgeen zou wijzen op een uitleg die is gebaseerd op de wil van de Lid-Staten.

Maar het Parlement voegt eraan toe dat „lid 4 in de eerste plaats de bedoeling heeft de Lid-Staten toe te staan de uitoefening van daadwerkelijk overheidsgezag aan eigen onderdanen voor te behouden ..." en spreekt de wens uit dat de toepassing van de uitzondering wordt beperkt tot betrekkingen welke de uitoefening van overheidsgezag met zich medebrengen. Dit zuiver raadgevend advies komt eigenlijk overeen met de mening van de meeste schrijvers.

Evenzo maakt artikel 55 op het nauw verwante gebied van het recht van vestiging — inzake de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan — een uitdrukkelijk voorbehoud voor de zelfstandige of vrije werkzaamheden „ter uitoefening van het openbaar gezag in een staat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden".

Zonder dat wij deze bepaling gelijk willen stellen met die van artikel 48, lid 4, die slechts geldt voor de betrekkingen in overheidsdienst, komen de twee uitzonderingsbepalingen toch voort uit dezelfde gedachtengang.

Wij zijn derhalve geneigd U op het eerste gezicht een uitlegging voor te stellen, die berust op de idee van deelneming aan het overheidsgezag.

Door echter het begrip overheidsdienst uitsluitend aan het begrip staatsgezag te verbinden en aldus sterk te beperken zou men miskennen dat in elke moderne staat tal van functies, die geen rechtstreeks gebruik van aan het gemene recht ontstijgende prerogatieven inhouden, niettemin om reden van bij voorbeeld binnenlandse veiligheid of defensie aan eigen onderdanen moeten worden voorbehouden.

Hiermede bevinden wij ons nu midden in de moeilijkheden die zich voordoen bij de poging een nauwkeurige en limitatieve definitie van het begrip te geven. Men zal hier niet anders dan stap voor stap te werk kunnen gaan en moeten zorgen niet eens en voor al een te starre uitleg te geven.

Wij zien trouwens om ons heen dat de uitoefening van het staatsgezag per Lid-Staat sterk verschilt naar gelang de administratie al dan niet is onderworpen aan een publiekrechtelijke regeling, afwijkend van het gemene recht, en ook naar gelang van de graad en de vorm van het overheidsingrijpen.

Men dient zich dus zowel te hoeden voor verschillen en tegenstrijdigheden welke zouden voortvloeien uit een op criteria van nationaal recht steunende interpretatie, als voor een te starre begripsbepaling die zich in sterk wisselende situaties moeilijk zou laten hanteren.

Natuurlijk zou men kunnen uitgaan van het — aan de staat als overheid inherente — klassieke bestuursbegrip, waarbij in elke staatsbestel de taken van justitie, politie, defensie en ook de vaststelling en heffing van de belastingen in eerste instantie onder het begrip overheidsdienst vallen, zulks in tegenstelling tot de openbare, industriële en commerciële, diensten ten behoeve van de bevolking, welke meestal onder praktisch privaatrechtelijke condities worden geleid en derhalve buiten de definitie vallen.

Maar het is zonneklaar dat zich tussen deze twee uitersten tal van schakeringen voordoen.

Juist de posterijen zijn hiervan een voorbeeld. Al is het zo dat de posterijen in de meeste landen een overheidsdienst zijn, dat zij als overheidsbedrijf worden beheerd en zijn onderworpen aan het beginsel van het communicatiegeheim, toch vertonen zij ook aspecten van een commerciële dienst en zijn zij doorgaans, zoals in de Bondsrepubliek, financieel autonoom.

Dat het personeel van de posterijen voornamelijk uit ambtenaren in de strikte zin van het woord bestaat, neemt niet weg dat de dienst voor de technische of zuiver uitvoerende taken beschikt over arbeiders en bedienden die zich door de aard van hun werkzaamheden niet onderscheiden van hun gezellen in de particuliere ondernemingen. Zij hebben betrekkingen die, hoewel behorend tot een overheidsdienst, niet raken aan de nationale belangen, welke ten grondslag liggen aan de uitzondering van artikel 48, lid 4.

Het juridisch kader waarin de dienst wordt beheerd, is op zichzelf dus niet bepalend.

Ook de aard van de juridische binding tussen de functionaris en de administratie waarbij hij werkt, kan onzes inziens geenszins een beslissend criterium opleveren voor de toepassing van het Gemeenschapsrecht.

In staten als de Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk geldt een afzonderlijk administratief recht, dat met name wordt gekenmerkt door de bevoegdheid van de administratie om uitvoeringsbesluiten te nemen en gebruik te maken van overheidsprerogatieven. Het onderscheid tussen enerzijds statutaire ambtenaren die tegenover de administratie in een bepaalde wettelijke en reglementaire verhouding staan, en anderzijds functionarissen van industriële of commerciële openbare diensten, wier betrekkingen met hun werkgever worden beheerst door privaatrechtelijke arbeidsovereenkomsten, is in zoverre van betekenis dat het rechtskarakter van de arbeidsverhouding de bij geschillen bevoegde rechter aanwijst en ook overigens belangrijke materieelrechtelijke gevolgen heeft.

Dit onderscheid lijkt ons daarentegen niet relevant ten aanzien van artikel 48 van het Verdrag van Rome. Want al mag het aannemelijk zijn dat de in lid 4 van dat artikel genoemde uitzondering in beginsel slaat op ambtenaren die immers gewoonlijk zijn belast met taken waarmee min of meer rechtstreeks nationale belangen zijn gemoeid, toch komt het voor dat krachtens een privaatrechtelijke

overeenkomst aangeworven functionarissen taken worden toevertrouwd, die raken aan de uitoefening zelf van het overheidsgezag. Zo werd bij voorbeeld opgemerkt dat de Duitse regeringsgedelegeerde bij de steenkolenindustrie een arbeidscontractant is, hoewel hij over beslissingsbevoegdheden beschikt die duidelijk aan het staatsgezag ontspruiten.

Kan men nu omgekeerd zeggen, dat een monteur of een chauffeur die bij de centrale overheid een post van titulair ambtenaar heeft, taken vervult waarmee het staatsbelang of overheidsprerogatieven zijn gemoeid, alleen omdat hij onder een statuut valt?

Men ziet dus dat voor de uitlegging van artikel 48, lid 4, het begrip „betrekking in overheidsdienst" niet kan worden gedefinieerd op grond van de rechtspositie van de functionaris.

Voor een communautaire uitleg die een eenvormige toepassing van de in deze bepaling genoemde uitzondering mogelijk maakt, zal men derhalve moeten uitgaan van materiële criteria, ontleend aan de taakomschrijving van de betrokken overheidspost en uit de feitelijke werkzaamheden van de betrokken functionaris.

De uitzondering zal slechts kunnen spelen, indien de betrokkene een beslissingsbevoegdheid jegens particulieren heeft of indien met zijn werkzaamheid nationale belangen, met name die welke de binnen- of buitenlandse veiligheid van de staat raken, zijn gemoeid.

Dit wil echter zeggen dat het de nationale rechter is die deze criteria zal moeten toepassen op de hem voorgelegde gevallen. In de onderhavige zaak weten wij trouwens niet wat de juiste aard is van de door verzoeker in het hoofdgeding vervulde functies.

II — Aard van de ontheemdingstoelage

De tweede door het Bundesarbeitsgericht gestelde vraag heeft betrekking op de uitleg van artikel 7 van verordening nr. 1612/68. De Duitse rechter vraagt U of de naast het loon betaalde ontheemdingstoelage deel uitmaakt van de in dit artikel — met name in lid 1 — bedoelde arbeidsvoorwaarden.

Deze bepaling heeft, zoals bekend, ten doel de gelijkheid van behandeling tussen werknemers uit de Gemeenschap en nationale werknemers te waarborgen ten aanzien van zowel de toegang tot de aangeboden betrekkingen als de arbeidsvoorwaarden, met name op het stuk van de bezoldiging, maar ook, meer in het algemeen, ten aanzien van alle elementen die de positie van de werknemer op sociaal gebied kenmerken.

Wij twijfelen er nauwelijks aan dat de ontheemdingstoelage, bedoeld in de op werknemers bij de Bundespost toepasselijke collectieve overeenkomst van 6 januari 1955, waarnaar de schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen verzoeker in het hoofdgeding en de directie der posterijen verwijst, een vaste aanvulling op de bezoldiging is ter compensatie van allerlei kosten die het gevolg zijn van een dubbele verblijfplaats: die van het gezin en die voor het beroep.

Komt echter een dergelijk juridisch oordeel over deze toelage, die werd ingesteld bij de Duitse wet van 8 april 1964 inzake de verhuiskosten en bij de collectieve overeenkomst is aangepast aan de positie van de postbeambten, niet op het bevoegdheidsterrein van de nationale rechter?

Wat hiervan zij, uit Uw arresten van 15 oktober 1969 (zaak 15-69, Ugliola, Jurisprudentie 1969, blz. 363) en 13 december 1972 (zaak 44-72, Marsman, Jurisprudentie 1972, blz. 1243) kan zeker worden afgeleid dat de uitkering van een ontheemdingstoelage als een der „arbeidsvoorwaarden" in de ruimste zin van het woord is te beschouwen.

De tweede vraag ware derhalve bevestigend te beantwoorden.

III — Discriminatie op grond van de woonplaats

Zowel artikel 48, lid 2, van het Verdrag, als artikel 7 van 's Raads verordening nr.

1612/68 houden met betrekking tot de voorwaarden van tewerkstelling en arbeid een verbod in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit. De toepassing van deze voorschriften levert geen problemen op, wanneer het onderscheid in behandeling uitdrukkelijk en rechtstreeks voortvloeit uit een nationaliteitsclausule.

Maar de discriminatie kan verhuld of verkapt zijn. Dit is met name het geval wanneer de wet of de interne regeling, zonder de nationaliteit te noemen, het genot van aan een betrekking verbonden uitkeringen of voordelen onderwerpt aan criteria als afkomst, geboorteplaats of vaste woonplaats op nationaal grondgebied, zodat het genot van deze voordelen in feite aan de eigen onderdanen is voorbehouden en, behoudens uitzondering, niet toekomt aan werknemers uit de andere Lid-Staten.

Moet men in dergelijke gevallen niet aan de schijn voorbijgaan en een schending van de gelijkheid van behandeling die in wezen vergelijkbaar is met misbruik van bevoegdheid in de zin van het Gemeenschapsrecht, aan de kaak stellen?

Dit is voor de toegang tot arbeid in loondienst en de uitoefening daarvan voorgeschreven in artikel 3 van verordening nr. 1612/68; volgens dit artikel zijn de nationale bepalingen en handelwijzen, die „hoewel van toepassing zonder onderscheid naar nationaliteit, tot enig of voornaamste doel of gevolg hebben dat de onderdanen van de andere Lid-Staten van de aangeboden arbeid geweerd worden", niet-toepasselijk. Daarnaast verklaart artikel 7, lid 4, bepalingen van collectieve of individuele arbeidsovereenkomsten van rechtswege nietig „voor zover daarin discriminerende voorwaarden worden vastgesteld of toegestaan ten opzichte van werknemers die onderdaan zijn van andere Lid-Staten".

Daarmee komen wij aan de derde en laatste door het Bundesarbeitsgericht gestelde vraag: of artikel 7, leden 1 en 4, van verordening nr. 1612/68 aldus moet worden verstaan, dat niet alleen een afwijkende behandeling van werknemers op grond dat zij onderdaan zijn van een andere Lid-Staat, maar ook een afwijkende behandeling op grond van de woonplaats in een andere Lid-Staat, is verboden.

In abstracto zou hierop positief moeten worden geantwoord, voor zover het criterium voor de toekenning van bedoeld voordeel feitelijk tot gevolg heeft dat werknemers uit de Gemeenschap worden benadeeld ten opzichte van nationale werknemers.

In dit opzicht kan de eis dat de woonplaats op het grondgebied van het gastland moet zijn gelegen, een discriminerende factor vormen, zoals U in Uw arrest van 13 december 1972 (reeds genoemde zaak 44-72, Marsman) hebt beslist naar aanleiding van de in de Duitse wetgeving genoemde bijzondere voorwaarden bij ontslag, waarvan een gehandicapte Nederlandse werknemer niet kon profiteren, omdat hij in de Bondsrepubliek wel werkzaam maar niet woonachtig was.

Maar in die zaak was de voorwaarde omtrent de woonplaats slechts voor buitenlanders gesteld.

Bij de vraag die wij thans onderzoeken, liggen de omstandigheden anders.

Het rondschrijven van 31 maart 1965 van de minister van Binnenlandse Zaken bepaalt het volgende:

§ 1:

„de ambtenaren die zijn benoemd in een andere plaats dan hun *eigenlijke woonplaats in het land* — dat wil zeggen in West-Duitsland — ontvangen een ontheemdingstoelage welke ten aanzien van de toekenningsvoorwaarden en het bedrag gelijk is aan die welke de om dienstredenen overgeplaatste ambtenaren ontvangen;

§ 2:

de ambtenaar die zijn eigenlijke woonplaats in het buitenland heeft, kan onder bijzondere omstandigheden en met toestemming van het hoger gezag in het genot gesteld worden van een ontheemdingstoelage overeenkomstig § 1, wan-

neer de verlening van deze toelage in het belang van de dienst is."

Op die zelfde datum stelde de minister het bedrag van de ontheemdingstoelage in het eerste geval op 10 DM per dag; in het tweede geval bleef het bedrag van de dagtoelage voor de werknemer met woonplaats in het buitenland gehandhaafd op 7,50 DM.

In de collectieve arbeidsovereenkomst van de postbeambten, waarnaar de tussen verzoeker in het hoofdgeding en de directie der posterijen gesloten arbeidsovereenkomst verwijst, zijn deze bepalingen overgenomen.

Anderzijds volgt uit de overwegingen van de verwijzingsbeschikking van het Bundesarbeitsgericht dat de regeling van de ontheemdingstoelage voor werknemers die bij aanwerving hun vaste woonplaats in het buitenland hadden en deze woonplaats handhaafden, zonder onderscheid van toepassing is op Duitse onderdanen en buitenlanders.

Ten slotte zijn de werknemers die bij hun benoeming zijn te werkgesteld in een andere plaats dan die van hun woonstede in Duitsland, evenals de werknemers die in het belang van de dienst zijn overgeplaatst, verplicht een nieuwe woonplaats te zoeken in de nabijheid van de plaats van arbeid; zij ontvangen de ontheemdingstoelage bijgevolg niet meer, zodra zij hebben voldaan aan deze verhuisverplichting, en uiterlijk twee jaar na hun aanwerving.

Deze verhuisverplichting geldt echter niet voor degenen die bij aanwerving hun woonstede in het buitenland hadden, zodat zij de ontheemdingstoelage tijdens de gehele duur van hun dienstbetrekking kunnen blijven ontvangen.

Zoals men ziet, gaat het hier om twee aparte regelingen voor verschillende situaties. Nu wijst de verschillende behandeling van niet vergelijkbare gevallen niet zonder meer op discriminatie (arrest van 17 juli 1963, zaak 13-63, Italiaanse Regering/Commissie, Jurisprudentie 1963, blz. 375).

Advocaat-Generaal Lagrange merkte in deze zaak op: „deze gerelativeerde opvatting omtrent het discriminatieverbod ... geldt algemeen en is bij voorbeeld terug te vinden op sociaal gebied" (zie ook het arrest van 13 juni 1972, gevoegde zaken 9 en 11-71, Compagnie d'Approvisionnement/Commissie, Jurisprudentie 1972, blz. 391).

Hoewel een toelageregeling die werkt met het begrip „woonstede in het buitenland", meestal alleen buitenlanders zal raken, bewijst dit nog niet dat er sprake is van een door het Gemeenschapsrecht verboden discriminatie.

Voor zover deze regeling bepaalde migrerenden praktisch blijvend in het genot stelt van de ontheemdingstoelage, zonder verplichting om de woonplaats van hun gezin over te brengen naar de plaats van arbeid, houdt deze regeling integendeel een bepaald voordeel in ten opzichte van Duitse of buitenlandse werknemers, die bij hun aanwerving in Duitsland woonden.

Het komt ons derhalve voor dat deze regeling, welke een redelijke oplossing biedt voor de positie van migrerende werknemers die hun woonstede om gezinsredenen niet naar Duitsland hebben overgebracht, rechtens noch feitelijk enige discriminatie inhoudt.

U behoeft zich op dit punt echter niet uit te spreken.

U zult kunnen volstaan op de gestelde vraag te antwoorden dat een schending van de in artikel 48, lid 2, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1612/68 bedoelde gelijkheid van behandeling weliswaar kan voortvloeien uit een nationale regeling die met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden een onderscheid aanbrengt, niet op grond van de nationaliteit maar op grond van de woonplaats van de werknemer bij zijn aanwerving, althans voorzover een dergelijke regeling ertoe leidt dat werknemers die onderdaan zijn van een andere Lid-Staat in feite worden benadeeld ten opzichte van nationale werknemers, doch dat het aan

de nationale rechter staat te beoordelen of de betrokken regeling een dergelijke discriminatie medebrengt dan wel of het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is door overwegingen van niet-discriminerende aard.

Wij concluderen dat U de door het Bundesarbeitsgericht gestelde vragen beantwoorde in de door ons aangegeven zin.