



Datum van inontvangstneming : 26/11/2013

Zaak C-530/13

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van ontvangst:

8 oktober 2013

Verwijzende rechter:

Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

16 september 2013

Verzoeker:

Leopold Schmitzer

Verwerende autoriteit/verweerster:

Bundesministerin für Inneres

Voorwerp van het hoofdgeding

Bezoldigingsrechtelijke positie

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Verenigbaarheid van een nieuw stelsel van salarisverhoging met richtlijn 2000/78/EG en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Prejudiciële vragen

1. Is er – vooralsnog onverminderd artikel 52, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) en artikel 6 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: „richtlijn”) – sprake van (directe) discriminatie op grond van leeftijd in de

zin van artikel 21 van het Handvest en artikel 2, leden 1 en 2, sub a, van de richtlijn, wanneer naar aanleiding van de invoering van een niet-discriminerend stelsel van salarisverhoging voor nieuwe ambtenaren een in de oude rechtssituatie (door niet-inaanmerkingneming van vóór de leeftijd van 18 jaar gelegen tijdvakken voor salarisverhoging) gediscrimineerde oude ambtenaar weliswaar op verzoek kan opteren voor het nieuwe stelsel en zo een op niet-discriminerende basis berekende peildatum voor salarisverhoging kan verkrijgen, maar de instemming met een dergelijk verzoek in het interne recht impliceert dat zijn bezoldigingsrechtelijke positie (en dus het hem verschuldigde salaris), gelet op de in het nieuwe stelsel voorziene langzamere verhoging, ondanks een betere peildatum voor salarisverhoging niet op zodanige wijze verbetert dat hij dezelfde bezoldigingsrechtelijke positie verwerft als een in de oude rechtssituatie op discriminerende wijze begunstigde oude ambtenaar (die vergelijkbare tijdvakken niet vóór, maar na de leeftijd van 18 jaar dient aan te tonen, welke reeds in aanmerking werden genomen in de oude rechtssituatie), die zich niet genoopt ziet om voor het nieuwe stelsel te opteren?

2. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, kan een ambtenaar – bij gebreke aan een rechtvaardiging in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest en artikel 6 van de richtlijn (zie vraag 3 infra) – zich ook op de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 21 van het Handvest en artikel 2 van de richtlijn beroepen in een procedure tot vaststelling van zijn bezoldigingsrechtelijke positie, ook al heeft hij voordien door een verzoek ter zake een verbetering van de peildatum voor salarisverhoging in het nieuwe stelsel verkregen?
3. Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord, is een na de invoering van een niet-discriminerend stelsel voor nieuwe ambtenaren gehandhaafd onderscheid betreffende de bezoldigingsrechtelijke positie van begunstigde oude ambtenaren die niet opteren voor het nieuwe stelsel, enerzijds, en oude ambtenaren die nog steeds ongunstiger worden behandeld ondanks het opteren voor het nieuwe stelsel, anderzijds, gerechtvaardigd in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest en artikel 6 van de richtlijn als overgangsfenomeen om redenen van proceseconomie, behoud van verworven voordelen en bescherming van het gewettigd vertrouwen, ook indien
 - a. de nationale wetgever bij de regeling van het stelsel inzake salarisverhoging niet gebonden is aan de toestemming van partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst en uitsluitend binnen de fundamentele grenzen van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen moet blijven, waarvoor geen volledige behoud van verworven voordelen in de zin van een volledig handhaving van het oude stelsel voor begunstigde oude ambtenaren die niet opteren voor het nieuwe stelsel, vereist is.

- b. de nationale wetgever in die context ook de mogelijkheid had om de gelijke behandeling van de oude ambtenaren tot stand te brengen door eveneens tijdvakken vóór de leeftijd van 18 jaar in aanmerking te nemen met handhaving van de oude regels van salarisverhoging voor de voordien gediscrimineerde oude ambtenaren;
- c. aanzienlijke administratieve lasten weliswaar daarmee gepaard zouden gaan op grond van het te verwachten hoge aantal verzoeken, maar de kosten ervan het totaalbedrag van de inkomsten die de benadeelde ambtenaar in vergelijking met de begunstigde ambtenaar misloopt en in de toekomst zal mislopen, niet bij benadering bereiken;
- d. de overgangperiode waarin het verschil in behandeling tussen oude ambtenaren zal voortbestaan, vele decennia zal duren en ook zeer lang (als gevolg van de principiële „wervingsstop” voor nieuwe ambtenaren in een publiekrechtelijk dienstverband) de grote meerderheid van alle ambtenaren zal betreffen;
- e. het stelsel met terugwerkende kracht werd ingevoerd, waardoor deze invoering ten nadele van de ambtenaar afbreuk deed aan de – gelet op de voorrang van het Unierecht – in elk geval tussen 1 januari en 30 augustus 2010 in te voeren gunstigere rechtssituatie voor de ambtenaar, waarvan de ambtenaar reeds voor de wetwijziging de toepassing had gevraagd?

Indien de vragen 1 of 2 ontkennend worden beantwoord, of vraag 3 bevestigend wordt beantwoord:

- 4. a. Vormt een wettelijke regeling die voor tijdvakken van arbeid aan het begin van de carrière een langere wachttijd voor salarisverhoging voorziet en de verhoging naar de volgende salaristrap zo moeilijker maakt, indirecte discriminatie op grond van leeftijd?
- b. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is deze regeling gelet op de geringe beroepservaring aan het begin van de carrière passend en noodzakelijk?

Indien vraag 3 bevestigend wordt beantwoord:

- 5. a. Vormt een wettelijke regeling die „overige tijdvakken” tot en met 3 jaren volledig, en tot en met 3 bijkomende jaren voor de helft in aanmerking neemt, ook al dienden zij niet voor schoolopleiding of het opdoen van beroepservaring, discriminatie op grond van leeftijd?
- b. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is deze regeling gerechtvaardigd ter vermijding van een verslechtering van de bezoldigingsrechtelijke positie van ambtenaren (hiermee worden

kennelijk ook nieuwe ambtenaren bedoeld) waarvoor geen tijdvakken vóór de leeftijd van 18 jaar in aanmerking kunnen worden genomen, ofschoon de inaanmerkingneming eveneens betrekking heeft op overige tijdvakken na de leeftijd van 18 jaar?

6. Indien vraag 4, sub a, bevestigend en vraag 4, sub b, ontkennend wordt beantwoord, en tegelijkertijd vraag 3 bevestigend of vraag 5, sub a, bevestigend en vraag 5, sub b, ontkennend wordt beantwoord:

Hebben de discriminerende kenmerken van de nieuwe regeling die dan bestaan, tot gevolg dat het verschil in behandeling met betrekking tot oude ambtenaren als overgangsfenomeen niet meer gerechtvaardigd is?

Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht

Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, in het bijzonder artikel 2, leden 1 en 2, sub a, artikel 3, lid 1, sub c, artikel 6, lid 1, artikelen 16 en 17

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in het bijzonder de artikelen 21, lid 1, en 52, lid 1

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Gehaltsgesetz (Wet betreffende de bezoldigingen) 1956 in de versie BGBl. I nr. 82/2010, in het bijzonder §§ 8, leden 1 en 2, 12, leden 1 tot en met 11, 113, leden 10 tot en met 14, 175, lid 66,

Gehaltsgesetz in de op 31 december 2003 geldende versie, in het bijzonder §§ 8, leden 1 en 2, en 12, lid 1

Gehaltsgesetz 1956 in de versie BGBl. I nr. 120/2012, in het bijzonder § 7a

Korte uiteenzetting van de feiten en procedure in het hoofdgeding

- 1 Verzoeker staat als directeur van een bureau (Amtdirektor) in een publiekrechtelijk dienstverband bij de federale staat. De dienst waar hij werkt is de verwerende autoriteit.
- 2 Bij brief van 25 maart 2010 verzocht hij om herziening van de peildatum voor salarisverhoging teneinde de vóór de voltooiing van het achttiende levensjaar vervulde in aanmerking te nemen tijdvakken mee te rekenen (waaronder schooltijdvakken en tijdvakken beroepservaring).

- 3 Bij brief van 22 januari 2013 verzocht hij via het in § 113, lid 12, van de Gehaltsgesetz 1956 (hierna: „GehG”) voorziene formulier om herziening van de peildatum voor salarisverhoging „overeenkomstig § 113, lid 10, GehG”.
- 4 Bij besluit van de verwerende autoriteit van 28 januari 2013 werd „op verzoek van verzoeker van 25 maart 2010” met ingang van 1 januari 2004 diens peildatum voor salarisverhoging op grond van de §§ 12 en 113 GehG, in de versie van Bundesgesetz BGBI. I nr. 82/2010, door toevoeging van bijkomende eerdere tijdvakken vastgesteld op 1 juli 1975.
- 5 Dit besluit bevat een „mededeling” die niet in het dispositief vervat is, volgens welke deze inaanmerkingneming tot gevolg heeft dat de bezoldigingsrechtelijke positie van verzoeker (op grond van de toepassing van de nieuwe regels inzake salarisverhoging) (louter) met een half jaar is verbeterd.
- 6 Het besluit van de verwerende autoriteit van 28 januari 2013 is definitief geworden.
- 7 Bij verzoek van 26 februari 2013 vorderde verzoeker, onder verwijzing naar de uitspraak van het Verwaltungsgerichtshof van 4 september 2012, herziening van zijn bezoldigingsrechtelijke positie en voerde daartoe aan dat hij door de toepassing van de nieuwe regeling inzake salarisverhoging, niettegenstaande de verbetering van de peildatum voor salarisverhoging, zijn bezoldigingsrechtelijke positie niet in een mate kon verbeteren zoals dat het geval zou zijn geweest bij inaanmerkingneming van de aan de orde zijnde, vóór de leeftijd van 18 jaar gelegen tijdvakken van dienstverband volgens de regels van salarisverhoging van het oude stelsel.
- 8 Dit verzoek werd afgewezen in het thans voor het Verwaltungsgerichtshof aangevochten besluit van de verwerende autoriteit.
- 9 De verwerende autoriteit motiveerde dit besluit door te stellen dat in § 7a GehG wettelijk is gepreciseerd dat de nieuwe regeling in overeenstemming is met de richtlijn. Daarom is op verzoeker een termijn van vijf jaar van toepassing voor salarisverhoging van trap 1 naar trap 2.
- 10 Het beroep bij het Verwaltungsgerichtshof is tegen dit besluit gericht.
- 11 De verwerende autoriteit beroept zich in haar verweerschrift, ter rechtvaardiging, op de ontstaansgeschiedenis van §7a GehG.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

Algemeen

- 12 Het Europees Hof van Justitie heeft in de zaak Hütter (arrest van 18 juni 2009, C-88/08) geoordeeld dat de richtlijn in de weg staat aan de uitsluiting van vóór de voltooiing van het achttiende levensjaar vervulde tijdvakken van arbeid bij de vaststelling van de salaristrap van arbeidscontractanten.
- 13 Aangenomen moet worden dat niet alleen de regelingen voor arbeidscontractanten, maar eveneens de grotendeels gelijklopende regelingen voor ambtenaren niet verenigbaar zijn met de richtlijn inzake gelijke behandeling.
- 14 Een nieuwe regeling werd ontworpen om de regelingen inzake de inaanmerkingneming van tijdvakken vóór de dienstbetrekking met het oog op salarisverhoging in overeenstemming te brengen met de richtlijn. De inhoud ervan is in wezen de volgende:
 1. Er geldt een temporele ondergrens voor de inaanmerkingneming van eerdere tijdvakken van dienstverband op 1 juli van het jaar waarin een schoolplicht van negen jaar werkelijk of fictief werd voltooid. Daardoor worden gemiddeld drie jaar bijkomende eerdere tijdvakken van dienstverband in aanmerking genomen.
 2. Ter waarborging van de bestaande bezoldigingsrechtelijke positie wordt de duur voor salarisverhoging van de eerste naar de tweede salaristrap van elke functie-of bezoldigingsgroep met drie jaren verlengd. Het voor salarisverhoging naar trap 2 vereiste tijdvak bedraagt aldus in de toekomst vijf jaar in plaats van twee jaar tot nog toe.
 3. Om een verslechtering uit te sluiten van de bezoldigingsrechtelijke positie van ambtenaren waarvoor geen tijdvakken voor de leeftijd van 18 jaar in aanmerking kunnen worden genomen, worden in de toekomst tot drie jaar „overige tijdvakken” volledig voor salarisverhoging in aanmerking genomen.
- 15 Het Verwaltungsgerichtshof is van mening dat in het definitief geworden besluit van 28 januari 2013 uitsluitend over de peildatum voor salarisverhoging, en niet over de bezoldigingsrechtelijke positie van verzoeker uitspraak werd gedaan. Dit volgt uit het feit dat de uitspraak in genoemd besluit uitsluitend de herziening van de peildatum voor salarisverhoging betrof, terwijl de „mededeling” aan het eind van het besluit geen rechtskracht kan hebben.

Eerste en tweede vraag

- 16 In de uitspraak van 4 september 2012 oordeelde het Verwaltungsgerichtshof dat ondanks de gewijzigde rechtssituatie (nog steeds) een krachtens artikel 2, lid 2,

sub a, van de richtlijn ongeoorloofd verschil in behandeling van tijdvakken voor en na de voltooiing van het achttiende levensjaar bestaat voor oude ambtenaren. Zij kunnen weliswaar overeenkomstig § 113, lid 10, GehG een herziening van hun peildatum voor salarisverhoging aanvragen (waardoor tijdvakken voor de leeftijd van 18 jaar in aanmerking worden genomen die in de oude rechtssituatie uitgesloten waren van inaanmerkingneming); een dergelijke optie impliceert echter dat deze ambtenaren dan ook vallen onder de werkingssfeer van § 8, lid 1, GehG in de versie BGBI. I nr. 82/2010, volgens welke de verhoging van salaristrap één naar salaristrap twee pas na vijf jaar plaatsvindt, in plaats van na twee jaar in de oude rechtssituatie, terwijl voor andere oude ambtenaren gelijksoortige tijdvakken, die na de leeftijd van 18 jaar werden vervuld, volgens de oude regeling in aanmerking werden genomen. Deze ambtenaren zien zich (daarom) dus niet genoopt om voor het nieuwe stelsel te opteren.

- 17 Volgens de uitlegging van de in casu relevante Unierechtelijke bepalingen door het Oberste Gerichtshof in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing van 27 juni 2013, zou ook de loutere optie van een verbetering van de peildatum voor salarisverhoging toereikend kunnen zijn om de discriminatie tussen „oude ambtenaren” te verhelpen, ook al leidt zij niet tot een (passende) verbetering van de bezoldigingsrechtelijke positie. Tegen deze zienswijze kan echter worden aangevoerd dat de peildatum voor salarisverhoging geen doel op zich is, maar in het bijzonder relevant is voor de verkrijging van een bepaalde bezoldigingsrechtelijke positie, waarvan dan weer de vaststelling van het bedrag van het loon, waarnaar het discriminatieverbod van artikel 3, lid 1, sub c, van de richtlijn uitdrukkelijk verwijst, afhangt. Daarom lijkt de loutere mogelijkheid voor de ambtenaar om via een optie de verbetering van zijn peildatum voor salarisverhoging te verkrijgen, die echter geen passende verbetering van de bezoldigingsrechtelijke positie impliceert waardoor de discriminatie tegenover de niet-opterende oude ambtenaar wordt weggewerkt, niet reeds per se te volstaan om de discriminatie weg te werken.
- 18 Eventueel zou kunnen worden overwogen dat (alleen) ambtenaren, zoals verzoeker, die via een verzoek overeenkomstig § 113, lid 10, GehG opteren voor het nieuwe stelsel, dat voorziet in een langzamere salarisverhoging, ten gevolge hiervan geen beroep kunnen doen op strijdigheid met het Unierecht van de regeling inzake salarisverhoging. Daartoe zou kunnen worden betoogd dat de grond voor het verschil in behandeling tussen genoemde oude ambtenaren juist enkel daarin is gelegen dat de tot dusver begunstigde oude ambtenaar niet voor het nieuwe stelsel heeft geopteerd.
- 19 Dit zou betekenen dat de op grond van de oude rechtssituatie gediscrimineerde ambtenaren uitsluitend een discriminatie inzake beloning kunnen invoeren indien zij niet via een verzoek overeenkomstig § 113, lid 10, van het GehG voor het nieuwe stelsel hebben gekozen, waarbij zij hun aanspraken moeten doen gelden in een afzonderlijk, uitdrukkelijk niet op „§ 113, lid 10, van het GehG” gebaseerd verzoek inzake bezoldiging (ter verbetering van hun peildatum voor

salarisverhoging terwijl zij onder de oude regeling blijven). Of, – met betrekking tot de onderhavige zaak – verzoeker zou via een eventuele wijziging van het verzoek door gebruikmaking van het in § 113, lid 12, GehG vermelde formulier op 22 januari 2013 en door de instemming met het zo gewijzigde verzoek, afstand hebben gedaan van zijn recht om discriminatie op grond van leeftijd aan te voeren.

- 20 Tegen deze zienswijze pleit echter in het bijzonder het feit dat de Oostenrijkse wetgever precies heeft bepaald dat een verzoek overeenkomstig § 113, lid 10, GehG moet worden ingediend (en wel bij uitsluiting; zie in het bijzonder § 113, lid 12, tweede tot en met laatste volzin, GehG, waarin is bepaald dat een ambtenaar in elk geval volgens nationaal recht riskeert dat het verzoek wordt afgewezen wanneer hij het verzoek – ondanks een verzoek om verbetering ervan – niet met gebruikmaking van het formulier van § 113, lid 10, GehG indient) teneinde de in het verleden gediscrimineerde ambtenaar een (in elk geval volgens de Oostenrijkse wetgever) bezoldigingsrechtelijke positie in overeenstemming met het recht van de Unie te verzekeren. Tegen deze achtergrond zou waarschijnlijk op gespannen voet staan met het doeltreffendheidsbeginsel van het Unierecht, de stelling dat een ambtenaar die als gevolg van een dergelijk verzoek een unierechtsconforme vaststelling van zijn peildatum voor salarisverhoging verkrijgt, daarna niet kan aanvoeren dat deze herziening, door de daarop volgende toepassing van de regels inzake salarisverhoging van het nieuwe stelsel, de discriminatie tegenover de tot nog toe begunstigde oude ambtenaren met betrekking tot de bezoldigingsrechtelijke positie en dus de bezoldiging niet heeft weggewerkt.
- 21 Tot slot is het Verwaltungsgerichtshof, in elk geval voor het door hem te beoordelen publiekrechtelijke (verticale) dienstverband, in zijn uitspraak van 4 september 2012 ervan uitgegaan dat artikel 2 van de richtlijn rechtstreeks toepasselijk is en ermee strijdig recht – in casu de voor de beoordeling van de bezoldigingsrechtelijke positie relevante nieuwe regel inzake salarisverhoging – buiten toepassing moet worden gelaten. Gelet op het feit dat het Oberste Gerichtshof het in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing (kennelijk niet alleen voor het door hem te beoordelen horizontale dienstverband) voor mogelijk acht dat uit de artikelen 16 en 17 van de richtlijn het tegendeel wordt afgeleid, wordt in vraag 2 ook daarnaar verwezen.

Derde vraag

- 22 Het Verwaltungsgerichtshof is in zijn uitspraak van 4 september 2012 ervan uitgegaan dat het verschil in behandeling tussen oude ambtenaren niet gerechtvaardigd is.
- 23 Daarop heeft de wetgever aanvankelijk gereageerd met de invoering van § 7a GehG in de versie BGBl. I nr. 120/2012, waarmee de richtlijn op het gebied van salarisverhoging inzake dienstbetrekkingen bij de federale staat werd omgezet in Oostenrijks recht. Uit de ontstaansgeschiedenis blijkt dat de wetgever uitgaat van

de verenigbaarheid van het nieuwe stelsel met Unierecht. Het is overduidelijk dat een – eventuele – met het Unierecht strijdige nationale regeling niet in overeenstemming met het Unierecht kan worden gebracht doordat de nationale wetgever de verenigbaarheid met het Unierecht van de door hem tot stand gebrachte regeling als het ware „wettelijk vaststelt”.

- 24 In de voorbereidende stukken van § 7a GehG worden echter thans gronden aangevoerd die het verschil in behandeling tussen „oude ambtenaren” zouden rechtvaardigen. Dienaangaande wordt verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, *Hennigs* (C-297/10), dat lijkt op de oplossing waarvoor hier werd gekozen. De instandhouding van het verschil in behandeling heeft een legitiem doel, namelijk het behoud van verworven rechten en de bescherming van het gewettigd vertrouwen, en zij is voor het bereiken van het doel passend en noodzakelijk omdat zij uitsluitend geldt voor reeds in dienstverband staande ambtenaren en latere salarisverhogingen niet door de leeftijd worden beïnvloed.

- 25 Volgens het Verwaltungsgerichtshof is het niet absoluut zeker dat de door de Oostenrijkse wetgever in die context aangevoerde gronden voor het verschil in behandeling tussen oude ambtenaren volstaan voor de rechtvaardiging ervan in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest en artikel 6 van de richtlijn:

In de eerste plaats heeft de situatie die in casu aan de orde is, parallellen met de zaak die door het Hof van Justitie van de Europese Unie werd behandeld in het arrest van 8 september 2011, C-297/10, *Hennigs*, voor zover ook hier werd overgegaan van een naar nationaal recht discriminerend oud stelsel naar een (eventueel; zie vragen 4 en 5) niet-discriminerend nieuw stelsel, waarbij de discriminerende gevolgen van het oude stelsel gedurende een – weliswaar zeer lange (zie overwegingen infra) en wettelijk niet in de tijd beperkte – overgangperiode blijven bestaan, terwijl het salarisstelsel door verhoging afhankelijk van de opgedane beroepservaring (onder voorbehoud van vraag 4) zich op niet-discriminerende wijze verder ontwikkelt.

- 26 Er bestaan echter ook talrijke verschillen tussen de hier te beoordelen situatie en de situatie die het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak *Hennigs* moest beoordelen:

Om te beginnen oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest *Hennigs* (punten 91 en 92) dat het daar beoordeelde overgangsstelsel deel uitmaakte van een tussen de sociale partners bereikt compromis en de „bescherming van de verworven voordelen” nodig was om – via een tussen de sociale partners bereikt compromis – überhaupt naar een niet-discriminerend stelsel te kunnen omschakelen.

- 27 Bij de onderhavige omschakeling van een discriminerend naar een niet-discriminerend stelsel was de Oostenrijkse wetgever echter uitsluitend gebonden

aan de fundamentele grenzen van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen. Deze grenzen kunnen in het algemeen ingrepen in bestaande salarissituaties niet zonder meer verhinderen, respectievelijk geen behoud van „verworven rechten” in de zin van de voorbereidende stukken vereisen.

- 28 Anders dan de situatie in het arrest Hennigs, volgens hetwelk de enige mogelijkheid om een salarisvermindering voor de arbeidscontractanten te voorkomen, de aldaar genomen maatregel was, bestond voor de Oostenrijkse wetgever wel degelijk de mogelijkheid om de nagestreefde doelstelling van „bescherming van de verworven voordelen” voor in het verleden begunstigde oude ambtenaren op een andere manier in een niet-discriminerend stelsel te realiseren, namelijk door ten gunste van de in het verleden gediscrimineerde oude ambtenaren de vóór de leeftijd van 18 jaar gelegen tijdvakken voor salarisverhoging in aanmerking te nemen, met behoud van de regels inzake salarisverhoging van het oude stelsel.
- 29 In die context kan ook het argument dat de gewijzigde wet BGBl. I nr. 82/2010 pas lang na het verstrijken van de termijn voor omzetting van de richtlijn werd uitgevaardigd, van belang zijn. In dat opzicht zou – in elk geval bij bevestigend antwoord op de vragen 1 en 2 – de voorrang van artikel 2 van de richtlijn ervoor hebben gezorgd dat de tussen 2004 en 2010 geldende oude rechtssituatie unierechtsconform moest worden uitgevoerd op een wijze dat verzoeker uiteindelijk een bezoldigingsrechtelijke positie kreeg op basis van *de toepassing van de regels inzake salarisverhoging van het oude stelsel*, waarbij de vóór de leeftijd van 18 jaar gelegen verrekenbare tijdvakken eveneens in aanmerking werden genomen voor de peildatum voor salarisverhoging. Volgens het Verwaltungsgerichtshof geldt dit ook voor de periode tussen 1 januari 2004 en de datum van uitspraak van het arrest *Hütter*, vooral omdat het Hof van Justitie van de Europese Unie een bestaande rechtssituatie vaststelt en niet creëert.
- 30 Verzoeker heeft uiteindelijk een dergelijke handelswijze eveneens nagestreefd met zijn vóór bekendmaking van Bundesgesetz BGBl. I nr. 82/2010 ingediend verzoek van 25 maart 2010. Door de „rectificerende wijzigingswet” kon op ontoelaatbare wijze opnieuw afbreuk worden gedaan aan de niet-discriminerende rechtssituatie die in overeenstemming met het Unierecht was gecorrigeerd.
- 31 Bij een ruime interpretatie van „bescherming van de verworven voordelen”, zoals gestaafd door de voorbereidende stukken van § 7a GehG, zou de wetswijziging BGBl. I nr. 82/2010 ook kunnen worden beschouwd als een afbreuk aan de (door de voorrang van het Unierecht tot stand gebrachte) door de ambtenaar via een verzoek in een concrete procedure reeds geldend gemaakte verworven voordelen, welke afbreuk als het ware de effecten van het voor de bekendmaking van de wetswijziging ingediend verzoek van de ambtenaar gedeeltelijk teniet heeft gedaan.

- 32 De aan de orde zijnde voorbereidende stukken voeren ter rechtvaardiging van de handhaving van het verschil in behandeling tussen oude ambtenaren geen budgettaire redenen aan die de wetgever bijvoorbeeld zouden hebben belet om de bezoldigingsrechtelijke positie van de in het verleden gediscrimineerde oude ambtenaar aan te passen door inaanmerkingneming van de vóór de leeftijd van 18 jaar vervulde tijdvakken met handhaving van de oude regels inzake salarisverhoging. Volgens het Verwaltungsgerichtshof beroept de wetgever zich terecht niet op dergelijke gronden, omdat de daarvoor vereiste financiële lasten door niet-discriminerende besparingsmaatregelen (ook in het kader van de overheidsdienst) zouden kunnen worden gecompenseerd.
- 33 Eventueel zou uit de voorbereidende stukken kunnen worden afgeleid dat de door het optiemodel in het leven geroepen regeling, die slechts een deel van de in het verleden gediscrimineerde oude ambtenaren (waaronder verzoeker) ten goede komt, zonder echter de discriminatie tegenover in het verleden geprivilegieerde oude ambtenaren volledig weg te werken, om redenen van proceseconomie nodig was om te verhinderen dat een groot aantal ambtenaren verzoeken tot herziening van de peildatum voor salarisverhoging zou indienen. Het Verwaltungsgerichtshof gaat tegen de achtergrond van de voorbereidende stukken echter ervan uit dat ook het wegwerken van de discriminatie tussen oude ambtenaren via de positieverbetering van in het verleden gediscrimineerde oude ambtenaren aanzienlijke administratieve lasten zou veroorzaken. Toch lijkt het voor de hand liggend dat de kosten die verband houden met de administratieve lasten voor de herberekening van de peildatum voor salarisverhoging in elk geval veel lager zouden zijn dan de inkomsten die de in het verleden gediscrimineerde „oude ambtenaren” als gevolg van het voortbestaande verschil in behandeling zijn misgelopen en nog steeds mislopen.
- 34 Dienovereenkomstig lijkt het in elk geval niet onmiskenbaar dat het nastreven van de doelstelling van proceseconomie door handhaving van een verschil in behandeling tussen „oude ambtenaren” hier evenredig is.
- 35 De voorbereidende stukken voeren geen doelstellingen aan die onmiskenbaar het ontbreken van een niet-discriminerende situatie door verbetering van de bezoldigingsrechtelijke positie van in het verleden gediscrimineerde oude ambtenaren rechtvaardigen. Weliswaar kan ervan worden uitgegaan dat de nationale wetgever principieel vrij mag kiezen op welke wijze (aanpassing naar boven of naar beneden) hij een discriminatie wegwerkt, maar het is onzeker of dit ook het geval is wanneer de keuze voor één van deze varianten (algemene verslechtering voor nieuwe ambtenaren) om redenen van behoud van de verworven voordelen zou resulteren in de voortzetting, in een hieronder nog weer te geven mate, van de discriminatie in de „overgangsregeling”.
- 36 Indien het behoud van de verworven voordelen moet worden beschouwd als een zelfstandige rechtvaardigingsgrond, dient volgens het Verwaltungsgerichtshof het volgende te worden overwogen:

Over het algemeen kan de basisidee van bescherming van het gewettigd vertrouwen geen „behoud van de verworven voordelen” in de zin van de voorbereidende stukken van § 7 GehG vereisen, te weten het behoud, voor onbepaalde duur, van niet alleen het bedrag van het actuele salaris, maar door de handhaving van het bestaande stelsel inzake salarisverhoging ook van verwachte salarisverhogingen. Ook het Unierechtelijke beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen lijkt een dergelijke verregaande bescherming van de verworven voordelen niet te eisen.

- 37 Dit staat echter niet eraan in de weg dat ook behoud van de verworven voordelen waarbij verder wordt gegaan dan het fundamentele beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, een legitieme doelstelling van de wetgever kan zijn, indien dat doel evenredig en coherent wordt nagestreefd.
- 38 Het is voor het Verwaltungsgerichtshof echter niet duidelijk of de wetgever met de hier gekozen overgangsregeling de doelstelling van behoud van de verworven voordelen voor tot nog toe geprivilegieerde oude ambtenaren *ook met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, dat wil zeggen passend of coherent*, heeft nagestreefd.
- 39 Zo spreekt het dictum van het arrest in de zaak *Hennigs* over „een beperkte overgangsperiode” gedurende welke de discriminatie van kracht blijft. De hier aan de orde zijnde voortgezette discriminatie tussen oude ambtenaren is niet wettelijk beperkt in de tijd. Toch kan worden gargumenteerd dat de beperking in de tijd eruit resulteert dat op een onbepaald in de toekomst gelegen tijdstip – dat zich echter zeker zal voordoen – niet alleen alle tot en met het jaar 2010 benoemde „oude ambtenaren” geen deel meer zullen uitmaken van de actieve of gepensioneerde ambtenaren, maar – bovendien ook – alle nabestaanden die van het salaris van de ambtenaar afhankelijke uitkeringen ontvangen, zullen wegvallen als ontvangers van uitkeringen. Dat deze zo omschreven „overgangsperiode” vele decennia zal duren, behoeft geen verdere toelichting.
- 40 In die context speelt eveneens mee dat ook op basis van het arrest *Hennigs* verschillen in behandeling eveneens gedurende een ongewisse en toch wel lange periode werden getolereerd omdat de indeling van de bestaande werknemers onder het nieuwe niet-discriminerende stelsel gebeurde naar mate van de in het discriminerende stelsel bereikte leeftijdstrap.
- 41 In de zaak *Hennigs* spreekt het Hof van Justitie in het dictum weliswaar uitsluitend over een (erbij te nemen) handhaving „van bepaalde discriminerende gevolgen van het oude stelsel”. Anders dan de „bescherming van de verworven voordelen” in de zaak *Hennigs*, waarbij ook de (in het verleden geprivilegieerde) „oude werknemers” met het oog op de evolutie van hun salaris ernstige wijzigingen erbij hebben genomen, ondergaat de rechtspositie van de in het verleden geprivilegieerde oude ambtenaren door de wetswijziging geen wijzigingen, noch inzake het actueel vastgestelde salaris, noch inzake de latere

salarisontwikkeling door promotie. Ten gunste van de in het verleden begunstigde oude ambtenaren worden dus niet enkele, *maar alle discriminerende gevolgen van het oude stelsel gehandhaafd*. De afbouw van de discriminatie wordt in het hier te beoordelen stelsel uitsluitend gerealiseerd door het wegvallen van de oude ambtenaren en hun nabestaanden uit het stelsel.

- 42 Daarbij komt nog dat de federale staat als werkgever ter uitvoering van een principiële „wervingsstop” zich als doel heeft gesteld om nieuwe publiekrechtelijke dienstverbanden in vele domeinen van de overheidsdienst zoveel mogelijk te beperken. Bijgevolg kan worden verwacht dat de verhouding tussen volgens de „overgangsregeling” verschillend behandelde „oude ambtenaren” en de volgens de nieuwe regeling gelijk behandelde „nieuwe ambtenaren” slechts zeer langzaam zal evolueren naar een overwicht van „nieuwe ambtenaren”, en daarmee in de richting van een overwicht van een niet-discriminerend stelsel.
- 43 Tot slot kan worden geargumenteed – indien eveneens de op grond van de voorrang van Unierecht uit te voeren rechtssituatie als een verworven voordeel dient te worden beschouwd wanneer de ambtenaar de toepassing ervan reeds heeft gevraagd – dat de wetgever het beginsel van het behoud van de verworven voordelen gedifferentieerd (discriminerend of incoherent) toepast voor zover hij de verworven voordelen van in het verleden geprivilegieerde oude ambtenaren (door volledige handhaving) anders behandelt dan deze van oude ambtenaren die in het verleden naar nationaal recht werden gediscrimineerd maar op grond van de voorrang van het Unierecht aanvankelijk recht hadden op de volledige opheffing van die discriminatie (waaraan de wetwijziging met terugwerkende kracht afbreuk heeft gedaan).
- 44 Gelet op het voorgaande lijkt het in elk geval niet duidelijk dat de doelstelling van „behoud van de verworven voordelen” door de hier aan de orde zijnde wetwijziging evenredig en coherent werd nagestreefd.

Vierde vraag

- 45 De tot nu toe gestelde prejudiciële vragen gingen ervan uit dat het door de betrokken wetwijziging vastgestelde stelsel in elk geval voor nieuwe ambtenaren niet discriminerend is. Dit werd in het licht van de nieuwe regel inzake salarisverhoging ter discussie gesteld, omdat deze een indirecte discriminatie op grond van leeftijd zou kunnen uitmaken wanneer het eerste bevorderingsniveau verlengd wordt van twee jaar naar vijf jaar. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, rijst de vraag of een dergelijk indirect verschil in behandeling gerechtvaardigd is omdat een ambtenaar bij het begin van de carrière weinig beroepservaring heeft.

Vijfde vraag

- 46 De nieuwe rechtssituatie zou bovendien ook strijdig met het Unierecht kunnen worden geacht voor zover de nieuwe regeling voorziet in de inaanmerkingneming van „overige tijdvakken” tot en met drie jaar volledig, en tot en met drie bijkomende jaren voor de helft. Deze „overige tijdvakken” betreffen tijdvakken vóór de benoeming, waarin de ambtenaar noch een opleiding gevolgd moet hebben, noch andere beroepservaring opgedaan moet hebben. Deze tijdvakken worden dus ongeacht de „bruikbaarheid” ervan voor het nieuw aan te gaan publiekrechtelijk dienstverband in aanmerking genomen, ook wanneer zij gewoonweg verstreken zijn, wat betekent dat een op het tijdstip van zijn benoeming oudere ambtenaar via de inaanmerkingneming van dergelijke (levens-)tijdvakken een gunstigere bezoldigingsrechtelijke positie zou kunnen verwerven dan een jongere ambtenaar, ook al beschikken beide over dezelfde opleiding en beroepservaring.
- 47 Als rechtvaardiging voor dit verschil in behandeling voeren de voorbereidende stukken de in vraag 5, sub b, weergegeven doelstelling aan. Deze doelstelling lijkt evenwel als zodanig te wijzen op ontoelaatbare discriminatie. De ook in het oude stelsel bestaande inaanmerkingneming van „overige tijdvakken” die door de wetswijziging nog werd uitgebreid, was destijds ingegeven door sociale overwegingen gelet op het fenomeen van massale werkloosheid. Momenteel speelt dit fenomeen in Oostenrijk echter geen rol meer en het wordt ook niet meer vermeld in de voorbereidende stukken inzake de motivering van de inaanmerkingneming van overige tijdvakken in de wetswijziging. Om een dergelijke doelstelling te realiseren zou het overigens volstaan om „overige tijdvakken” uitsluitend in aanmerking te nemen op voorwaarde dat de (huidige) ambtenaar (indertijd) als werkzoekende was ingeschreven.

Zesde vraag

- 48 Deze vraag betreft in het bijzonder de vraag of de ambtenaar zich inzake de ontoelaatbaarheid van een discriminatie in de overgangsregeling kan beroepen op tekortkomingen in het nieuwe stelsel, ook al spelen deze geen rechtstreekse rol voor de vraag of hij wordt gediscrimineerd tegenover andere oude ambtenaren.