CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
H. SAUGMANDSGAARD ØE
van 25 juli 2018 [1]

Zaak C-437/17

Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH
tegen
EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH

[verzoek van het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 45 VWEU – Verordening (EU) nr. 492/2011 – Vrij verkeer van werknemers – Verbod op discriminatie op grond van nationaliteit – Recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon – Nationale wetgeving op grond waarvan aan werknemers die 25 jaar bij dezelfde werkgever in dienst zijn een extra week jaarlijkse vakantie met behoud van loon wordt toegekend"

I. Inleiding

1. Het Oberste Gerichtshof verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de verenigbaarheid van sommige bepalingen van het Urlaubsgesetz [2] (Oostenrijkse wet betreffende vakanties; hierna: „UrlG") met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit van werknemers zoals bepaald in artikel 45, lid 2, VWEU, en artikel 7, lid 1, van verordening (EU) nr. 492/2011 [3], alsmede met het beginsel van vrij verkeer van werknemers dat wordt gewaarborgd door artikel 45, lid 1, VWEU.

2. Het UrlG stelt in wezen de toekenning van een zesde week jaarlijkse vakantie met behoud van loon afhankelijk van een dienstverband van ten minste 25 jaar bij dezelfde – huidige – werkgever. Voor het berekenen van deze anciënniteit wordt niettemin, op aanvullende wijze en in beperkte mate, rekening gehouden met tijdvakken die men bij eerdere werkgevers heeft vervuld.

3. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een beroep in *Revision* van de Gemeinsame Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH (hierna: „ondernemingsraad") tegen EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH, inzake de wijze waarop deze zesde week jaarlijkse vakantie met behoud van loon wordt toegekend. Volgens de ondernemingsraad dienen op grond van het Unierecht de diensttijdvakken die zijn vervuld bij eerdere werkgevers in andere lidstaten dan de Republiek Oostenrijk, in gelijke mate te worden meegeteld als die bij de huidige werkgever.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 Wet van 7 juli 1976 (BGBl. 1976/390), zoals gepubliceerd in het BGBl. 2013/3.

3 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie (PB 2011, L 141, blz. 1).

4. In de onderhavige conclusie zet ik uiteen waarom nationale wetgeving zoals het UrlG, die met het oog op toekenning van rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, de diensttijdvakken die een werknemer heeft vervuld bij eerdere werkgevers minder gunstig behandelt dan die welke hij bij de huidige werkgever heeft vervuld, mijns inziens geen discriminatie op grond van nationaliteit vormt, noch het vrije verkeer van werknemers belemmert. Voor het geval dat het Hof oordeelt dat deze wetgeving wel een dergelijke discriminatie of belemmering inhoudt, zal ik subsidiair uiteenzetten waarom dit gerechtvaardigd is.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Verordening nr. 492/2011

5. Artikel 7, lid 1, van verordening nr. 492/2011 luidt als volgt:

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

B. Oostenrijks recht

6. § 2, lid 1, UrlG bepaalt als volgt:

„De werknemer heeft voor elk dienstjaar recht op een ononderbroken vakantie met behoud van loon. De vakantie bedraagt 30 werkdagen bij een diensttijd van minder dan 25 jaren en 36 werkdagen zodra het 25e dienstjaar is vervuld."

7. § 3 UrlG bepaalt:

„1) Voor de berekening van de vakantieduur moeten de diensttijdvakken bij dezelfde werkgever die minder dan drie maanden werden onderbroken, worden samengeteld.

[...]

2) Voor de berekening van de vakantieduur moeten in aanmerking worden genomen:

1. Diensttijdvakken van elk minstens zes maanden die zijn vervuld op het nationale grondgebied in een andere arbeidsverhouding [...];

[...]

3) Diensttijdvakken in de zin van lid 2, punt 1, kunnen in totaal voor ten hoogste vijf jaren in aanmerking worden genomen. [...]

[...]"

III. Hoofdgeding, prejudiciële vraag en procedure bij het Hof

8. EurothermenResort Bad Schallerbach is een Oostenrijkse onderneming in de toerismesector. Deze onderneming heeft een aantal werknemers in dienst die bij voorgaande werkgevers diensttijdvakken op het grondgebied van andere lidstaten dan de Republiek Oostenrijk hebben vervuld.

9. De ondernemingsraad heeft tegen EurothermenResort Bad Schallerbach beroep ingesteld bij het Landesgericht Wels (rechter in eerste aanleg, Oostenrijk) met betrekking tot het recht van de betrokken werknemers op jaarlijkse vakantie met behoud van loon. In dit kader heeft de genoemde ondernemingsraad betoogd dat § 3, lid 2, punt 1, en § 3, lid 3, UrlG, migrerende werknemers in het bijzonder benadeelt en de uitoefening van de vrijheid van verkeer van Oostenrijkse werknemers minder aantrekkelijk maakt, door voor het vereiste aantal dienstjaren voor de toekenning van een zesde week vakantie krachtens § 2, lid 1, UrlG slechts beperkt rekening te houden met hun eerdere diensttijdvakken die in andere lidstaten dan Oostenrijk zijn vervuld, aangezien deze voor maximaal vijf jaar meetellen. De ondernemingsraad heeft aangevoerd dat, overeenkomstig het Unierecht, deze eerdere diensttijdvakken in hun geheel moeten worden meegeteld, zodat iedere werknemer met in totaal 25 jaar beroepservaring recht heeft op een zesde week vakantie krachtens § 2, lid 1, UrlG.

10. Het Landesgericht Wels heeft dit beroep bij vonnis van 25 januari 2017 verworpen. De redenering van deze rechter luidde met name dat de litigieuze bepalingen van het UrlG geen discriminatie op grond van nationaliteit vormen, aangezien alle eerdere diensttijdvakken bij voormalige werkgevers op dezelfde wijze worden behandeld. Hoewel de tekst van § 3, lid 2, punt 1, UrlG, uitsluitend spreekt over de diensttijdvakken die op het nationale grondgebied zijn vervuld, is het krachtens de rechtspraak van het Oberste Gerichtshof verplicht om op gelijke wijze rekening te houden met de diensttijdvakken die zijn vervuld in andere lidstaten. Overigens staat het de lidstaten vrij om voordelen te gunnen aan werknemers met een bepaald aantal dienstjaren bij dezelfde onderneming.

11. Bij arrest van 3 mei 2017 heeft het Oberlandesgericht Linz (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaten Oberösterreich en Salzburg) het vonnis bevestigd. De appelrechter heeft dienaangaande geoordeeld dat niet is uitgesloten dat het verlies van de zesde week jaarlijkse vakantie met behoud van loon een Oostenrijkse werknemer ontmoedigt om zijn vrijheid van verkeer uit te oefenen, maar dat de hieruit voortvloeiende belemmering gerechtvaardigd wordt door het doel om trouw van de werknemers aan hun werkgever te belonen.

12. De ondernemingsraad heeft vervolgens tegen dit arrest beroep in „Revision" ingesteld bij het Oberste Gerichtshof. Daarop heeft deze laatste rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moeten artikel 45 VWEU en artikel 7, lid 1, van [verordening nr. 492/2011] aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding (§ 3, lid 2, punt 1, juncto § 3, lid 3, en § 2, lid 1, UrlG), op grond waarvan een werknemer die in totaal 25 dienstjaren heeft gewerkt, maar die niet bij dezelfde Oostenrijkse werkgever heeft vervuld, slechts recht heeft op vijf weken jaarlijkse vakantie [met behoud van loon], terwijl een werknemer die 25 dienstjaren bij dezelfde Oostenrijkse werkgever heeft vervuld, recht heeft op zes weken jaarlijkse vakantie?"

13. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 19 juli 2017 ter griffie van het Hof ingeschreven. De ondernemingsraad, EurothermenResort Bad Schallerbach, de Oostenrijkse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend bij het Hof. Dezelfde belanghebbenden zijn verschenen op de pleitzitting van 3 mei 2018.

IV. Analyse

A. Inleidende overwegingen

14. Het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van werknemers is een essentiële sociale verworvenheid, die in het Unierecht is geregeld. Artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88/EG, de zogenaamde arbeidstijdenrichtlijn [4], garandeert alle werknemers in de Europese Unie jaarlijks vier weken vakantie met behoud van loon. Aangezien deze richtlijn slechts minimumvoorschriften vaststelt, zijn de lidstaten nog steeds vrij om werknemers op grond van eigen wetgeving meer uitgebreide rechten toe te kennen. De eventuele voorwaarden waaronder de lidstaten deze aanvullende rechten toekennen moeten echter overeenstemmen met de algemene bepalingen van Unierecht, waaronder de voorschriften betreffende het vrije verkeer van werknemers zoals bepaald in artikel 45 VWEU en verordening nr. 492/2011.

15. De Oostenrijkse wet inzake vakanties, het UrlG, gaat inderdaad verder dan de vier weken die door het Unierecht worden gegarandeerd. § 2, lid 1, van deze wet kent werknemers in ieder dienstjaar vijf of zes weken vakantie met behoud van loon toe, *afhankelijk van de vraag of zij al dan niet 25 dienstjaren hebben vervuld*.

16. Het aantal vereiste dienstjaren wordt berekend aan de hand van de voorschriften in § 3 UrlG. Overeenkomstig lid 1 van deze paragraaf worden de diensttijdvakken die zijn vervuld bij dezelfde werkgever – de huidige – bij elkaar opgeteld, mits er niet meer dan drie maanden tussen zit. [5] Lid 2 van dezelfde paragraaf bepaalt in punt 1 dat de diensttijdvakken bij een of meer eerdere werkgevers eveneens worden meegeteld, voor zover deze ieder afzonderlijk ten minste zes maanden hebben geduurd. [6] Niettemin bepaalt lid 3 van deze paragraaf dat deze diensttijdvakken in totaal *voor maximaal vijf jaar* worden meegeteld.

17. Om de strekking van deze bepalingen te verduidelijken kunnen wij als voorbeeld eens uitgaan van een werknemer, Mahler, die vijf jaar heeft gewerkt bij onderneming X en daarna acht jaar bij onderneming Y, waarna hij in dienst is getreden bij onderneming Z en daar 15 jaar zonder onderbreking heeft gewerkt. Overeenkomstig § 2, lid 1, en § 3, leden 1 tot en met 3, UrlG, wordt Mahlers recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon hoofdzakelijk berekend aan de hand van zijn dienstjaren bij onderneming Z, namelijk 15 jaar, waarbij zijn dienstjaren bij de twee eerdere werkgevers worden opgeteld, dat wil zeggen 13 jaar, die echter voor vijf jaar meetellen. Het totaal is 20 jaar. Terwijl Mahler dus al 28 jaar heeft gewerkt, beschikt hij niet over de benodigde 25 dienstjaren om aanspraak te kunnen maken op een zesde week jaarlijkse vakantie met behoud van loon, overeenkomstig § 2, lid 1, UrlG.

18. Het beroep in *Revision* dat de ondernemingsraad heeft ingesteld bij het Oberste Gerichtshof gaat uit van de premisse dat de litigieuze voorschriften van het UrlG met het Unierecht strijdige gevolgen hebben. Deze voorschriften zouden schending vormen van het discriminatieverbod dat is neergelegd in artikel 45, lid 2, VWEU en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 492/2011, en het vrije verkeer van met name Oostenrijkse werknemers belemmeren. Er dienen dus achtereenvolgens twee aspecten te worden

4 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB 2003, L 299, blz. 9).

5 EurothermenResort Bad Schallerbach en de Oostenrijkse regering geven aan dat, overeenkomstig de tweede volzin van § 3, lid 1, UrlG die niet in de verwijzingsbeslissing wordt genoemd, het aantal dienstjaren eveneens buiten beschouwing wordt gelaten indien het tijdvak wordt afgebroken door ontslag op verzoek van de werknemer, beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder zwaarwegende gronden vóór het verstrijken van de termijn, of ontslag wegens schuld van de werknemer.

6 Zoals aangegeven in punt 10 van de onderhavige conclusie, heeft de rechtspraak van het Oberste Gerichtshof, hoewel de tekst van § 3, lid 2, punt 1, UrlG, uitsluitend spreekt over de diensttijdvakken die op het Oostenrijkse grondgebied zijn vervuld, deze bepaling „gecorrigeerd" door de verplichting op te leggen om op gelijke wijze rekening te houden met de diensttijdvakken die zijn vervuld in andere lidstaten.

onderzocht. Ten eerste gaat het om de redenen waarom regelgeving zoals het UrlG in mijn ogen niet discrimineert op grond van nationaliteit (B), en ten tweede de redenen waarom naar mijn mening diezelfde conclusie dient te worden getrokken aangaande de vermeende belemmering van het vrije verkeer van werknemers (C).

B. Geen discriminatie op grond van de nationaliteit van werknemers

19. Artikel 45, lid 2, VWEU verbiedt elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. Artikel 7, lid 1, van verordening nr. 492/2011 vormt een bijzondere uitdrukking van dit verbod, op het specifieke gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeid. Beide bepalingen dienen derhalve op dezelfde wijze te worden uitgelegd.[7]

20. Rechtsregels zoals die van het UrlG vallen binnen de werkingssfeer van de genoemde bepalingen, aangezien het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon ontegenzeglijk deel uitmaakt van arbeidsvoorwaarden en arbeid.

21. Wat een eventuele verboden discriminatie betreft, wordt ingevolge § 2, lid 1, en § 3, leden 1 tot en met 3, UrlG met het oog op de omvang van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van werknemers een onderscheid gemaakt aan de hand van het criterium van hun *anciënniteit*. Deze bepalingen zijn van toepassing op alle werknemers, ongeacht hun nationaliteit. Zij houden dus geen discriminatie in die *rechtstreeks* op dit criterium is gebaseerd.

22. Volgens vaste rechtspraak van het Hof verbieden artikel 45, lid 2, VWEU en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 492/2011 echter niet alleen discriminatie die rechtstreeks op de nationaliteit van werknemers is gebaseerd, maar ook discriminatie die *indirect* op dat criterium is gebaseerd, dat wil zeggen „alle verkapte vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden”[8].

23. De in deze materie toepasselijke „test” is voor het eerst vastgesteld in het arrest van 23 mei 1996, O'Flynn[9]. Aldus het Hof „[moet] een bepaling van nationaal recht [...] als indirect discriminerend worden beschouwd wanneer zij *door haar aard* zelf *migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers* en derhalve de eerste categorie van werknemers meer in het bijzonder dreigt te benadelen, tenzij zij objectief is gerechtvaardigd en evenredig is aan het nagestreefde doel”[10].

7 Arresten van 26 oktober 2006, Commissie/Italië (C-371/04, EU:C:2006:668, punt 17), en 5 december 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken („SALK”, C-514/12, EU:C:2013:799, punt 23). Ik zal verder in deze conclusie dus een of beide van deze bepalingen in onderling uitwisselbare zin noemen.

8 De bron van deze rechtspraak is het arrest van 12 februari 1974, Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13, punt 11). Zie voor recente toepassingen arresten van 10 september 2009, Commissie/Duitsland (C-269/07, EU:C:2009:527, punt 53); 28 juni 2012, Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, punt 39), en 20 juni 2013, Giersch e.a. (C-20/12, EU:C:2013:411, punt 41).

9 C-237/94, EU:C:1996:206.

10 Arrest van 23 mei 1996, O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, punt 20) (cursivering van mij). Dit arrest heeft de verschillende eerdere formuleringen van het Hof verenigd. Het Hof had namelijk eerder geoordeeld dat voorwaarden die, hoewel zonder onderscheid naar nationaliteit van toepassing, „*hoofdzakelijk* [...] *of in de meeste gevallen* [...] *migrerende werknemers treffen*” of waaraan „*nationale werknemers gemakkelijker kunnen voldoen dan migrerende werknemers* [...] of die „*in het bijzonder voor migrerende werknemers nadelig kunnen uitvallen* [...]” als indirect discriminerend moeten worden beschouwd (zie punt 18 van het genoemde arrest, cursivering mij). De formulering van dit arrest is sindsdien standaard in de rechtspraak van het Hof opgenomen [zie met name de arresten van 27 november 1997, Meints (C-57/96, EU:C:1997:564, punt 45); 10 september 2009, Commissie/Duitsland (C-269/07, EU:C:2009:527, punt 54), en 5 december 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 26)].

24. Hieruit volgt dat een maatregel, tenzij hij objectief gerechtvaardigd is, als indirect discriminerend op grond van nationaliteit wordt beschouwd, wanneer hij in het licht van algemeen aanvaarde feiten [11] of andere gegevens *waarschijnlijk* voor nationale werknemers *potentieel andere gevolgen kan hebben* dan voor werknemers uit andere lidstaten, met name als die gevolgen voor de tweede groep ongunstig zijn. Dit moet blijken *uit de aard van de maatregel*, dat wil zeggen uit het gekozen *onderscheidend criterium*, dat in weerwil van een schijnbare neutraliteit dezelfde soort gevolgen moet hebben als die op grond van het nationaliteitscriterium. De mate waarin het criterium in kwestie discrimineert wordt nagegaan door eigen burgers en vreemdelingen – hypothetisch – in twee groepen te verdelen, vervolgens binnen elke groep het aandeel te bepalen van degenen die in negatieve zin door dat criterium worden geraakt, en tot slot beide aandelen te vergelijken. [12]

25. De rechtspraak van het Hof levert vele voorbeelden op van criteria die in de praktijk voornamelijk nadelig kunnen zijn voor vreemdelingen: woonplaats [13], plaats van herkomst [14], taal [15], plaats van verwerving van talenkennis [16], plaats waar een diploma is behaald [17], of het nationale onderwijsstelsel waar een stagiair onder valt [18].

26. Dergelijke criteria verraden een band met een bepaalde lidstaat door hun aansluiting bij karakteristieke eigenschappen van die lidstaat, zoals het grondgebied of de taal, en komen derhalve in de buurt van het nationaliteitscriterium. De schijn van neutraliteit valt al snel weg. [19] Het komt zeker voor dat criteria die zonder enige overweging van nationaliteit zijn gesteld, op die grond toch indirect discriminerend blijken te zijn. De rechtspraak van het Hof kent daarvan een aantal bekende voorbeelden. [20] In dat geval zijn er echter aanvullende gegevens nodig om het bestaan van een ongelijke behandeling, indirect gebaseerd op nationaliteit, aan het licht te brengen. [21]

27. In de onderhavige zaak betogen de ondernemingsraad en de Commissie dat het anciënniteitscriterium, waarop § 2, lid 1, en § 3, leden 1 tot en met 3, UrlG zijn gebaseerd, in feite gunstiger is voor Oostenrijkse werknemers dan voor werknemers uit andere lidstaten. Deze eerste groep zou immers in grote meerderheid in Oostenrijk wonen, daar zijn arbeidzame leven beginnen en zonder onderbreking de vereiste 25 jaar bij dezelfde werkgever in dienst blijven, overeenkomstig § 2, lid 1, UrlG, om in aanmerking te komen voor een zesde week jaarlijkse vakantie met behoud van

11 In het arrest van 23 mei 1996, O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, punt 22), heeft het Hof aldus geoordeeld dat een wet die voor de toekenning van een vergoeding aan een werknemer voor begrafenis- of crematiekosten van een overleden familielid de voorwaarde stelt dat die begrafenis of crematie op het eigen grondgebied plaatsvindt, beschouwd kan worden als indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, aangezien „vooral een migrerend werknemer bij overlijden van een gezinslid de teraardebestelling in een andere lidstaat [zal] laten plaatsvinden, *gelet op de banden die de leden van een dergelijk gezin met de staat van herkomst plegen te onderhouden*" (cursivering van mij).

12 Zie in die zin arrest van 6 maart 2018, SEGRO en Horváth (C-52/16 en C-113/16, EU:C:2018:157, punt 73), en mijn conclusie in diezelfde zaak (EU:C:2017:410, punten 79 en 80). Het bepalen van de invloed van een maatregel op verschillende groepen is het voorwerp van een veel gedetailleerdere rechtspraak op het gebied van gelijke behandeling tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers (zie voor een overzicht van deze rechtspraak en een toelichting op de vele moeilijkheden in verband met dit vraagstuk, Barnard, C., *EU Employment Law*, 2012, 4e editie, Oxford University Press, blz. 282-286). Voor het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit is het echter niet nodig om zo diep in detail te treden, gezien het algemene karakter van de in deze materie gebruikte test.

13 Zie met name arresten van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punt 28), en 7 mei 1998, Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, punt 29).

14 Arrest van 12 februari 1974, Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13, punt 11).

15 Arrest van 28 november 1989, Groener (C-379/87, EU:C:1989:599, punt 12).

16 Arresten van 28 november 1989, Groener (C-379/87, EU:C:1989:599, punt 23), en 6 juni 2000, Angonese (C-281/98, EU:C:2000:296, punten 39-42).

17 Arrest van 7 juli 2005, Commissie/Oostenrijk (C-147/03, EU:C:2005:427, punten 43, 46 en 47).

18 Arrest van 21 november 1991, Le Manoir (C-27/91, EU:C:1991:441, punt 11).

19 Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Lenz in de zaak O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:123, punt 27). Geografische of taalkundige voorwaarden zijn op het gebied van discriminatie op grond van nationaliteit de tegenhanger van voorwaarden voor indiensttreding zoals een minimumlengte (zie arrest van 18 oktober 2017, Kalliri, C-409/16, EU:C:2017:767), of een bepaalde lichaamskracht (zie arrest van 1 juli 1986, Rummler, 237/85, EU:C:1986:277) op het gebied van discriminatie wegens geslacht.

20 In het bijzonder moest het Hof zich, in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 16 februari 1978, Commissie/Ierland (61/77, EU:C:1978:29), buigen over een Ierse regeling op grond waarvan boten van meer dan bepaalde afmetingen of met meer dan een bepaald vermogen uit een visgebied werden geweerd. Hoewel de voorwaarden daadwerkelijk neutraal waren wat betreft de nationaliteit, leidden deze voorwaarden inzake afmeting en vermogen er in de praktijk toe dat een groot deel van de Nederlandse visserijvloot uit de betreffende wateren werd geweerd, terwijl de Ierse en Britse vloten, bestaande uit kleinere schepen, grotendeels gespaard werden.

21 Bijvoorbeeld gegevens betreffende de specifieke kenmerken van de visserijvloten van de lidstaten, zoals in de zaak van de voorgaande voetnoot.

loon. De tweede groep daarentegen zou in het algemeen in hun lidstaat van herkomst beginnen met werken en pas later in zijn loopbaan bij een Oostenrijkse werkgever in dienst treden. In deze omstandigheden zou het voor werknemers uit andere lidstaten moeilijker zijn om het vereiste aantal dienstjaren te verwerven, omdat hun eerdere werkervaring slechts voor maximaal vijf jaar wordt meegeteld, zoals bepaald in § 3, lid 3, UrlG. [22]

28. EurothermenResort Bad Schallerbach en de Oostenrijkse regering zijn de tegenovergestelde mening toegedaan. Volgens hen kan men in casu niet concluderen dat sprake is van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, aangezien de voorschriften van het UrlG Oostenrijkse werknemers en werknemers uit andere lidstaten gelijk behandelen. In dezelfde benadering geeft de verwijzende rechter aan dat het niet algemeen bekend is dat Oostenrijkse werknemers de gewoonte hebben om 25 jaar bij dezelfde werkgever te blijven en dat deze derhalve significant meer dan werknemers uit andere lidstaten in aanmerking komen voor een zesde week jaarlijkse vakantie met behoud van loon, zoals bepaald in § 2, lid 1, van deze wet. Oostenrijkse werknemers zouden juist vaak van werkgever wisselen.

29. Zoals ik hierboven heb aangegeven, deel ik de mening van deze laatsten.

30. Het criterium van 25 dienstjaren, toegepast in § 2, lid 1, UrlG, bevoordeelt namelijk werknemers die gedurende de vereiste periode niet van werkgever veranderen. Dit criterium *benadeelt dus ook alle werknemers die gedurende hun loopbaan van werkgever zijn veranderd*, doordat hun werkervaring bij eerdere werkgevers slechts tot maximaal vijf jaar wordt meegeteld, zoals bepaald in § 3, lid 3, UrlG. De nationaliteit van de werkgever of de vorige werkgevers en de plaats waar de werkzaamheden in het kader van de betreffende arbeidsbetrekking hebben plaatsgevonden, zijn wat dit betreft irrelevante omstandigheden. De bepalingen van deze wet maken geen onderscheid tussen de *interne mobiliteit* – op Oostenrijks grondgebied – en de *externe mobiliteit* – van of naar een andere lidstaat – van een werknemer. De diensttijdvakken van deze werknemer bij een of meer voorgaande werkgevers worden op identieke wijze meegeteld, of deze nu op nationaal grondgebied of in een andere lidstaat zijn vervuld. [23]

31. Dit brengt met zich mee dat alle werknemers uit andere lidstaten dan de Republiek Oostenrijk met meer dan vijf jaar werkervaring bij een of meer andere werkgevers dan hun huidige werkgever, inderdaad negatief door de bepalingen van het UrlG worden geraakt. Dit geldt echter in dezelfde mate voor alle Oostenrijkse werknemers die gedurende hun loopbaan van werkgever zijn veranderd. Zo treft

22 De ondernemingsraad betoogt dat werknemers uit andere lidstaten dan Oostenrijk *altijd* worden benadeeld door de voorschriften van het UrlG. De Commissie had deze benadering ook gehanteerd in haar schriftelijke opmerkingen, maar is bij de pleitzitting van standpunt veranderd en betoogt dat deze werknemers *in de meeste gevallen* worden benadeeld.

23 De tekst van § 3, lid 2, punt 1, UrlG, die uitsluitend betrekking heeft op de diensttijdvakken die op Oostenrijks grondgebied zijn vervuld – een voorwaarde die onweerlegbaar leidt tot een indirecte ongelijke behandeling op grond van nationaliteit – is „gecorrigeerd" door de rechtspraak van het Oberste Gerichtshof, die ertoe verplicht dat de diensttijdvakken die op het grondgebied van andere lidstaten zijn voltooid, op gelijke wijze worden meegeteld (zie punt 10 en voetnoot 6 van de onderhavige conclusie). Deze „correctie" vanuit de rechtspraak ontslaat de Oostenrijkse wetgever niet van de plicht om de genoemde bepaling te wijzigen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof leidt de ongewijzigde handhaving van een nationale bepaling die in strijd is met het Unierecht namelijk „tot een onduidelijke feitelijke situatie, waarin de betrokken justitiabelen in onzekerheid worden gelaten omtrent hun mogelijkheden om zich op het Unierecht te beroepen" [zie de arresten van 24 maart 1988 Commissie/Italië (104/86, EU:C:1988:171, punt 12), en 13 juli 2000, Commissie/Frankrijk (C-160/99, EU:C:2000:410, punt 22)].

het anciënniteitscriterium op overeenkomstige wijze Oostenrijkse werknemers en werknemers uit andere lidstaten.[24] Het zou anders zijn als uit aanvullende gegevens bleek, of als daar ten minste uit viel op te maken, dat de eerste groep significant minder vaak van betrekking wisselt dan de tweede. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, wijst daar echter niets op.[25]

32. De Commissie betoogt niettemin dat het feit dat een significant deel van de Oostenrijkse werknemers negatief door de bepalingen van het UrlG wordt geraakt, niet in de weg staat aan de conclusie dat er sprake is van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Het zou namelijk voldoende zijn om vast te stellen dat de meerderheid van de werknemers die voldoen aan de voorwaarde van 25 dienstjaren zoals bepaald door § 2, lid 1, UrlG, Oostenrijker is, en/of dat de meerderheid van degenen die worden geraakt door het feit dat slechts beperkt rekening wordt gehouden met diensttijdvakken bij eerdere werkgevers, zoals bepaald door § 3, lid 3, UrlG, onderdaan van een andere lidstaat is.

33. In dit verband herinner ik eraan dat het om aan te tonen of een nationale regeling in feite een ongelijke behandeling op grond van nationaliteit veroorzaakt, nodig noch voldoende is om vast te stellen dat de meerderheid van de door die regeling bevoordeelde personen onderdaan is van het betreffende land, of dat de meerderheid van de benadeelden onderdaan is van een andere staat. Een dergelijke logica gaat ernstig mank.[26] Zoals in punt 24 van de onderhavige conclusie is uitgelegd, moet worden gekeken naar een eventueel verschil tussen het percentage vreemdelingen voor wie het UrlG een negatieve invloed kan hebben, en het percentage eigen burgers die dat kan overkomen. In de onderhavige zaak is dit verschil is mijns inziens verre van waarschijnlijk.[27]

34. Anders dan de Commissie betoogt, volgt er geen andere conclusie uit de rechtspraak van het Hof dan dat, opdat een maatregel als verkapt discriminerend kan worden beschouwd, deze niet tot gevolg hoeft te hebben dat alle eigen burgers worden begunstigd of dat enkel burgers van andere lidstaten, met uitsluiting van eigen burgers, worden benadeeld.[28]

24 De ondernemingsraad voert overigens aan dat, volgens een enquête, slechts 13 % van de werknemers van het gemiddelde in de lidstaten van de Unie nooit van betrekking is veranderd, terwijl 60 tot 66 % één tot vijf keer van betrekking is veranderd. Dit zou met name seizoenswerkers treffen – zoals in dit geval werknemers in de toerismesector – en de voor werknemers negatieve gevolgen van de litigieuze bepalingen van het UrlG bevestigen. Dit argument vat ik echter op in de zin dat deze bepalingen feitelijk *het merendeel van de werknemers* treffen, met name seizoenswerkers, *ongeacht hun nationaliteit*.

25 Wat dit betreft zou een ongelijke behandeling op grond van nationaliteit, veroorzaakt door de bepalingen van het UrlG, eventueel kunnen blijken uit nationale statistieken, betrekking hebbend op een voldoende groot aantal personen, zonder dat er zuiver toevallige of conjuncturele verschijnselen in tot uitdrukking komen, en die in het algemeen significant lijken [zie naar analogie met discriminatie op grond van geslacht, arrest van 6 april 2000, Jørgensen (C-226/98, EU:C:2000:191, punt 33)]. Uit de statistieken die de Oostenrijkse regering heeft gepresenteerd in haar schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting, blijkt integendeel dat de Oostenrijkse arbeidsmarkt dynamisch is.

26 Een dergelijke redenering gaat fundamenteel scheef vanwege de ongelijke verhouding tussen eigen burgers en vreemdelingen op wie de bewuste regelgeving betrekking heeft. Aangezien er in essentie meer Oostenrijkse werknemers vallen onder de Oostenrijkse sociale wetgeving – logischerwijs nemen er vooral Oostenrijkers deel aan de arbeidsmarkt van die lidstaat – zijn er natuurlijk ook meer Oostenrijkers dan vreemdelingen die profiteren van een zesde jaarlijkse week vakantie met behoud van loon, zoals bepaald door het UrlG. Zie naar analogie met de materie van discriminatie op grond van geslacht het arrest van 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez (C-167/97, EU:C:1999:60, punt 59). In dit arrest heeft het Hof gepreciseerd dat de eventuele discriminerende effecten van een maatregel worden beoordeeld aan de hand van „het percentage mannelijke arbeidskrachten dat aan de in de litigieuze bepaling gestelde voorwaarde van twee jaar tewerkstelling voldoet, te vergelijken met het percentage vrouwelijke arbeidskrachten dat die voorwaarde vervult. *Het volstaat niet, het aantal getroffen personen in de beschouwing te betrekken, aangezien dat aantal afhangt van het aantal werknemers dat in de lidstaat aan het arbeidsproces deelneemt en van de verdeling van de mannelijke en de vrouwelijke werknemers in die staat*" (cursivering van mij).

27 Hoewel ik kan toegeven dat hoe dan ook, in absolute zin, de meerderheid van de werknemers die profiteren van een zesde week jaarlijkse vakantie met behoud van loon zoals bepaald in § 2, lid 1, UrlG, bestaat uit Oostenrijkers, betwijfel ik ten zeerste dat de meerderheid van hen die negatief door deze wet worden geraakt, onderdaan van een andere lidstaat is, om de in punt 31 van de onderhavige conclusie aangehaalde redenen.

28 Arresten van 28 juni 2012, Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, punt 41); 20 juni 2013, Giersch e.a. (C-20/12, EU:C:2013:411, punt 45), en 5 december 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 27).

35. Deze rechtspraak biedt namelijk geen enkele steun in een zaak als die in het hoofdgeding. De genoemde rechtspraak bepaalt niet meer en niet minder dan dat, *voor zover een nationale regeling vreemdelingen mogelijk meer benadeelt dan eigen burgers*, het feit dat een bepaald percentage eigen burgers eveneens wordt getroffen de conclusie niet in de weg staat dat er sprake is van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Uit dezelfde rechtspraak kan een dergelijke discriminatie echter niet worden afgeleid in geval van een regeling die, zoals in de onderhavige zaak, *soortgelijke effecten heeft op eigen burgers en vreemdelingen*.[29]

36. Er bestaat inderdaad een uitgebreide rechtspraak van het Hof betreffende de berekening van het aantal dienstjaren bij de overheden van de lidstaten, met het oog op de bevordering en de financiële voordelen die daar in het algemeen uit voortvloeien. Overeenkomstig deze rechtspraak zijn nationale regelingen waarbij op het betreffende gebied geen enkele rekening wordt gehouden met diensttijdvakken die een werknemer in overheidsdienst van een andere lidstaat heeft vervuld, of die strengere voorwaarden stellen voor het meetellen van die tijdvakken dan de voorwaarden voor diensttijdvakken bij de eigen overheid, indirect discriminerend op grond van nationaliteit.[30]

37. Hoewel de regelingen in bovenstaande zaken gebaseerd waren op een onderscheidend criterium – het aantal dienstjaren bij de nationale overheid – dat schijnbaar vergelijkbaar is met het criterium waarop het UrlG zich in deze zaak baseert, verschilden die regelingen in feite niettemin van deze wet bij de toepassing ervan.

38. Het arrest van 30 september 2003, Köbler[31], geeft hiervan een welsprekend voorbeeld. Het ging in deze zaak om een anciënniteitstoelage, die door de Oostenrijkse staat als werkgever werd toegekend aan hoogleraren die met name dat beroep ten minste vijftien jaar hadden uitgeoefend bij *ongeacht welke openbare Oostenrijkse universiteit*. Zoals het Hof heeft vastgesteld, had deze toelage tot gevolg dat hoogleraren *aan Oostenrijkse universiteiten* die hun beroep blijven uitoefenen *op Oostenrijks grondgebied* werden beloond, ten nadele van hen die dat beroep uitoefenen op het grondgebied van andere lidstaten.

39. Een dergelijke regeling maakt op die wijze een grote mobiliteit binnen een groep nationale werkgevers mogelijk.[32] Het UrlG *verbindt echter uitsluitend voordelen aan het aantal vervulde dienstjaren bij dezelfde werkgever* – de huidige werkgever. Zoals in punt 30 van de onderhavige conclusie is toegelicht, verbindt deze wet dezelfde consequenties aan *interne mobiliteit* op het nationale grondgebied, als aan *externe mobiliteit*: iedere verandering van werkgever brengt ongunstige gevolgen met zich mee.

40. Bovendien hoeft, zoals EurothermenResort Bad Schallerbach ter terechtzitting heeft aangevoerd, zonder op dit punt te zijn weersproken, de huidige werkgever niet noodzakelijkerwijs *een Oostenrijkse werkgever* te zijn. § 2, lid 1, en § 3, lid 1, UrlG, zouden zelfs niet vereisen dat de diensttijdvakken bij de huidige werkgever *op het nationale grondgebied zijn vervuld*. Wat dit betreft betoogt verweerster in het

29 In deze context kan ook niet worden betoogd, zoals de ondernemingsraad doet, dat *alle* werknemers die vreemdeling zijn worden benadeeld, terwijl slechts bepaalde werknemers uit eigen land worden benadeeld, met hoeveel ze ook zijn. Het is meteen duidelijk dat deze bewering overdreven is. Het is waarschijnlijk dat een bepaald aantal burgers van andere lidstaten, bijvoorbeeld Duitsers, zijn werkzame leven in Oostenrijk begint. Bovendien worden werknemers die hun loopbaan in een andere lidstaat zijn begonnen en na minder dan vijf jaar bij hun huidige werkgever zijn komen werken, niet benadeeld door de in § 3, lid 3, UrlG bepaalde grens.

30 Zie met name de arresten van 15 januari 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, punt 22); 12 maart 1998, Commissie/Griekenland (C-187/96, EU:C:1998:101, punten 20 en 21); 30 november 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, punten 41-44); 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punten 70, 71 en 73); 12 mei 2005, Commissie/Italië (C-278/03, EU:C:2005:281, punt 18); 26 oktober 2006, Commissie/Italië (C-371/04, EU:C:2006:668, punt 18), en 5 december 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 28).

31 C-224/01, EU:C:2003:513, punten 73 en 85.

32 Zie arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 84). Zie voor dit punt eveneens de arresten van 30 november 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, punt 49), en 5 december 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 40). Het Hof beschouwt de verschillende overheidsdiensten van een lidstaat namelijk als afzonderlijke werkgevers.

hoofdgeding, ook hier zonder te worden weersproken, dat alle diensttijdvakken bij dezelfde werkgever op gelijke wijze in aanmerking worden genomen, ongeacht de plaats waar deze zijn vervuld.[33] De enige, impliciete maar vanzelfsprekende, voorwaarde naast die van dezelfde werkgever, zou zijn dat *op het moment van toekenning van de zesde week, Oostenrijks recht van toepassing is*.

41. We nemen het denkbeeldige geval van een Duitse werknemer bij een vestiging van een onderneming in Duitsland, die na een aantal jaar gaat werken bij een vestiging van diezelfde onderneming in Oostenrijk. Daardoor valt hij in beginsel binnen het toepassingsgebied van het Oostenrijkse recht.[34] Voor de toekenning van een zesde week vakantie overeenkomstig de litigieuze voorschriften van het UrlG, worden de op Duits grondgebied vervulde diensttijdvakken net zo gunstig behandeld als de tijdvakken vervuld op Oostenrijks grondgebied *omdat de voorwaarde dat de werkgever hetzelfde moet blijven is vervuld*.[35]

42. De ondernemingsraad en de Commissie steunen niettemin op het arrest SALK[36], dat volgens hen naar analogie op de onderhavige zaak dient te worden toegepast. Dit arrest had betrekking op een wet van de deelstaat Salzburg, dat wil zeggen een in wezen *regionale* regeling. Voor het vaststellen van de referentiedatum voor bevordering van de medewerkers van een holding met drie ziekenhuizen en verschillende andere instellingen in die deelstaat, voorzag deze wet in een onderscheid tussen medewerkers die altijd voor de diensten van die deelstaat hadden gewerkt, dan wel voor andere werkgevers uit binnen- of buitenland. Voor de eerste categorie werknemers werden de diensttijdvakken volledig in aanmerking genomen, terwijl voor de tweede categorie werknemers de diensttijdvakken die zij hadden vervuld voordat zij door die deelstaat werden aangeworven slechts in een kleinere verhouding in aanmerking werden genomen.

43. In die zaak kon, net als in de onderhavige zaak, echter redelijkerwijs worden betoogd dat de interne en externe mobiliteit op soortgelijke wijze werden behandeld. Dat heeft het Hof er niet van weerhouden te concluderen dat er sprake was van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, door zijn eerdere rechtspraak betreffende anciënniteit in overheidsdienst van de lidstaten toe te passen, en door te wijzen op de rechtspraak die is genoemd in punt 34 van de onderhavige conclusie.[37]

44. Ik heb zo mijn reserves bij het arrest SALK.[38] In de bewuste zaak werden alle Oostenrijkse werknemers die een andere, publieke of private werkgever dan de deelstaat Salzburg hadden gehad, net als werknemers uit andere lidstaten benadeeld. Ik betwijfel of er in deze zaak werkelijk sprake is geweest van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Volgens mij kan rechtspraak betreffende regelingen die op nationale schaal van toepassing zijn, zoals die betreffende anciënniteit in de nationale overheidsdienst, slechts met terughoudendheid worden omgezet naar vergelijkbare

33 Zie a contrario de zaak die heeft geleid tot het arrest van 10 maart 2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131). Deze zaak had betrekking op een collectieve overeenkomst op grond waarvan, voor het toekennen van aanvullend pensioen, de diensttijdvakken die bij dezelfde werkgever waren vervuld in het buitenland anders werden meegeteld dan de tijdvakken die in de bewuste lidstaat waren vervuld.

34 Wat dit betreft, voor zover het op een individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht niet door de partijen is gekozen, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. Zie artikel 8, lid 2, van verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 betreffende het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PB 2008, L 177, blz. 6).

35 Het is uitsluitend aan de verwijzende rechter om de voorschriften van het UrlG uit te leggen en de beweringen van EurothermenResort Bad Schallerbach te verifiëren. Dit gezegd zijnde, zelfs als men veronderstelt dat deze beweringen niet waar zijn, is het enkele feit dat het UrlG iedere verandering van werkgever strikt op dezelfde wijze behandelt in mijn ogen voldoende om vast te stellen dat er geen sprake is van indirecte discriminatie.

36 Arrest van 5 december 2013 (C-514/12, EU:C:2013:799).

37 Arrest van 5 december 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 31).

38 Arrest van 5 december 2013 (C-514/12, EU:C:2013:799).

regelingen die zijn vastgesteld door plaatselijke of regionale autoriteiten. Zo benadeelt bijvoorbeeld een woonplaatsvoorwaarde die op nationaal niveau is opgelegd naar alle waarschijnlijkheid met name de burgers van andere lidstaten, maar is de kans daarop veel kleiner als diezelfde voorwaarde door een plaatselijke autoriteit wordt gesteld. [39]

45. Afgezien daarvan kan dat arrest, zelfs als het Hof niet wenst daarop terug te komen, toch worden onderscheiden van de onderhavige zaak. De betreffende regeling in het genoemde arrest bevorderde namelijk een zekere interne mobiliteit, omdat een werknemer uit de bewuste deelstaat van betrekking kon veranderen en toch in aanmerking kon blijven komen voor de gunstige voorschriften voor berekening van de anciënniteit, als hij maar bij een andere overheidsdienst van de genoemde deelstaat ging werken. De bepalingen van het UrlG wijken dus duidelijk af van de betreffende regeling in datzelfde arrest.

46. Gezien het voorgaande ben ik van mening dat een regeling zoals het UrlG geen directe of indirecte ongelijke behandeling op grond van de nationaliteit van werknemers inhoudt. Dat zou pas anders zijn als het waarschijnlijk was dat Oostenrijkse werknemers aanzienlijk minder vaak van werkgever wisselen dan werknemers uit andere lidstaten. Het dossier waarover het Hof beschikt geeft echter geen aanleiding dat te veronderstellen.

C. Geen belemmering van het vrije verkeer van werknemers in strijd met artikel 45 VWEU

47. Volgens vaste rechtspraak van het Hof verbiedt artikel 45 VWEU niet enkel elke rechtstreekse of indirecte discriminatie van werknemers op grond van hun nationaliteit, maar ook alle nationale bepalingen die het vrije verkeer van de betrokken werknemers belemmeren, zelfs wanneer deze bepalingen onafhankelijk van de nationaliteit van de werknemers van toepassing zijn. [40]

48. Artikel 45 VWEU beschermt de werknemers van een lidstaat die willen deelnemen aan de arbeidsmarkt van een andere lidstaat, zowel tegen hun lidstaat van herkomst als tegen de lidstaat van ontvangst. In de onderhavige zaak dient dus te worden vastgesteld of bepalingen zoals die van het UrlG een belemmering vormen voor het „betreden" van de Oostenrijkse markt door werknemers uit andere lidstaten (1) of voor het „verlaten" van de binnenlandse markt door Oostenrijkse werknemers, voor arbeidsmarkten van andere lidstaten (2).

1. Geen belemmering bij „betreding"

49. Volgens de rechtspraak van het Hof staat artikel 45 VWEU in de weg aan elke maatregel die, zelfs wanneer hij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, het gebruik van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden door de burgers van de Unie *kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken*. [41]

39 Zie wat dit punt betreft de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Bickel en Franz (C-274/96, EU:C:1998:115, punt 38): „Gesteld, bijvoorbeeld, dat de ruïnes van Pompeji op grond van de relevante regeling in het laagseizoen gratis toegankelijk waren voor de inwoners van Napels en omstreken. *Er valt moeilijk staande te houden, dat een dergelijk voorschrift met name ten nadele van onderdanen van andere lidstaten werkt, aangezien de meeste Italiaanse inwoners ook zouden worden geraakt* [...]" (cursivering van mij). Het is derhalve betreurenswaardig dat het Hof een tegenovergestelde uitleg heeft aangehouden ten opzichte van zijn arrest van 16 januari 2003, Commissie/Italië (C-388/01, EU:C:2003:30), door over verschillende regelingen, vastgesteld door territoriale lichamen, betreffende gratis museumbezoek voor inwoners van het betreffende gebied, te oordelen dat deze indirect discriminerend waren op grond van nationaliteit. In punt 14 van dit arrest heeft het Hof geen gehoor gegeven aan het argument dat de overgrote meerderheid van de Italianen net zozeer benadeeld zou worden als vreemdelingen. Het heeft zich hier nogmaals beperkt tot het in herinnering brengen van de in punt 34 van de onderhavige conclusie uiteengezette rechtspraak.

40 Zie met name arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, punt 96), en 27 januari 2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, punt 18).

41 Zie met name de arresten van 1 april 2008, Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering (C-212/06, EU:C:2008:178, punt 45); 10 maart 2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, punt 22), en 18 juli 2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562, punt 33).

50. Aangezien richtlijn 2003/88 slechts minimale voorschriften bevat betreffende het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van werknemers, blijven er op dit gebied discrepanties bestaan tussen de lidstaten. In het onderhavige geval zouden de voorschriften van het UrlG op zich een carrière in Oostenrijk minder aantrekkelijk kunnen maken in de ogen van een werknemer, indien het arbeidsrecht in zijn lidstaat van herkomst hem meer vakantie toekent dan deze voorschriften.

51. Artikel 45 VWEU kan een werknemer niet garanderen dat verhuizing naar een andere lidstaat dan zijn lidstaat van herkomst geen verschil maakt op sociaal gebied. Gezien de in het vorige punt genoemde discrepanties kan een dergelijke verhuizing op sociaal gebied meer of minder voordelig zijn voor de betrokkene. Dit artikel geeft de genoemde werknemer dus niet het recht om zich in de gastlidstaat te beroepen op de arbeidsvoorwaarden die hij in zijn lidstaat van herkomst genoot in overeenstemming met de nationale wetgeving van laatstgenoemde staat.[42] Op hem zijn in principe dezelfde arbeidsvoorwaarden van toepassing als op werknemers uit de gastlidstaat, overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling.[43] Was dat niet het geval, dan zou alle wetgeving van de gastlidstaat die minder gunstig was dan die in de lidstaat van herkomst een belemmering van het vrije verkeer van deze werknemer vormen. Een dergelijke redenering zou diepgaande gevolgen hebben voor de sociale wetgeving van de lidstaten.

52. Bijgevolg ben ik van mening dat bepalingen zoals die van het UrlG geen belemmering vormen voor het betreden van de Oostenrijkse arbeidsmarkt door werknemers uit andere lidstaten.

2. Geen belemmering bij „verlaten”

53. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat alle bepalingen van het VWEU inzake het vrije verkeer van personen beogen het de onderdanen van de Unie gemakkelijker te maken om het even welk beroep uit te oefenen op het gehele grondgebied van de Unie en in de weg staan aan maatregelen die deze onderdanen minder gunstig behandelen wanneer zij op het grondgebied van een andere lidstaat een economische activiteit willen uitoefenen. In dat verband beschikken de onderdanen van de lidstaten in het bijzonder over het rechtstreeks aan het Verdrag ontleende recht om hun land van herkomst te verlaten teneinde zich naar het grondgebied van een andere lidstaat te begeven en aldaar te verblijven om er een economische activiteit te verrichten.[44]

54. Derhalve zijn maatregelen die een onderdaan van een lidstaat *beletten of ervan weerhouden* zijn land van herkomst te verlaten om zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen belemmerend voor het vrije verkeer van werknemers.[45]

55. In casu kan niet worden betwist dat de voorschriften van het UrlG Oostenrijkse werknemers niet *beletten* om in andere lidstaten een dienstbetrekking te zoeken. Het gaat er hoogstens om, vast te stellen of deze voorschriften hem ervan kunnen *weerhouden*.

56. Voor zover de bepalingen van het UrlG het een bepaald aantal jaren in dienst blijven bij dezelfde werkgever als voorwaarde stellen voor het toekennen van een zesde jaarlijkse week vakantie met behoud van loon, is het onvermijdelijk dat zij werknemers stimuleren om bij hun hun huidige werkgever te blijven. Naar mijn mening kunnen deze bepalingen Oostenrijkse werknemers er echter niet van weerhouden om hun vrijheid van verkeer uit te oefenen.

42 Arrest van 18 juli 2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562, punten 34 en 35).

43 Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Graf (C-190/98, EU:C:1999:423, punt 32): „In het normale geval moet de migrerende werknemer de nationale arbeidsmarkt nemen zoals hij deze vindt.” Zie ook mijn conclusie in de zaak Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:347, punten 74-78).

44 Arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, punten 94 en 95), en 1 april 2008, Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering (C-212/06, EU:C:2008:178, punt 44).

45 Arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, punt 96); 16 maart 2010, Olympique Lyonnais (C-325/08, EU:C:2010:143, punt 34), en 5 december 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 30).

57. Als een werknemer van werkgever verandert, leidt dit niet tot het verlies van een *verworven recht*.[46] Door een werkgever te verlaten en in dienst te treden bij een andere, ook in een andere lidstaat, *verbreekt een werknemer slechts de continuïteit van de vereiste anciënniteit* voor het verkrijgen van deze zesde week, zodat *zijn kans op het verkrijgen van dat voordeel kleiner wordt*.

58. Zelfs indien wordt aangenomen dat een werknemer liever bij zijn huidige werkgever blijft om de door het UrlG vereiste anciënniteit voor een zesde week vakantie te verwerven[47], dan dat hij bij een werkgever in een andere lidstaat gaat werken waar de vakantiewetgeving minder genereus is, dan vormt dat nog geen beperking in strijd met artikel 45 VWEU, om vergelijkbare redenen met die in punt 51 van de onderhavige conclusie: Dit artikel kan een werknemer niet garanderen dat een verhuizing naar een andere lidstaat dan zijn lidstaat van herkomst zonder gevolgen blijft op sociaal gebied. Het vrije verkeer van werknemers wordt niet belemmerd wanneer iemand ervoor kiest om in een bepaalde lidstaat te blijven werken om te profiteren van een sociaal voordeel, in plaats van te gaan werken in een lidstaat waar de wetgeving minder gunstig voor hem is. De omgekeerde redenering zou ook hier diepgaande gevolgen hebben voor de sociale wetgeving van de lidstaten.

59. De ondernemingsraad en de Commissie betogen niettemin dat de bepalingen van het UrlG *Oostenrijkse werknemers die hun huidige werkgever willen verlaten om bij een werkgever in een andere lidstaat te gaan werken, om daarna weer terug te keren naar hun oorspronkelijke werkgever* ervan kunnen weerhouden om hun vrijheid van verkeer uit te oefenen. Hier dient te worden opgemerkt dat de diensttijdvakken die een werknemer bij dezelfde werkgever heeft vervuld krachtens § 3, lid 1, UrlG, *uitsluitend in hun geheel worden meegeteld als deze niet meer dan drie maanden zijn onderbroken*. In de hypothese dat een werknemer ontslag zou nemen, bij een andere werkgever – in binnen- of buitenland – in dienst zou treden en vervolgens naar zijn oorspronkelijke betrekking zou terugkeren, zouden de diensttijdvakken die voor het eerste ontslag waren vervuld, en ook de bij de tweede werkgever vervulde tijdvakken, namelijk voor maximaal vijf jaar meetellen zoals bepaald in § 3, lid 3, UrlG.

60. Zoals de verwijzende rechter echter terecht heeft opgemerkt, is die redenering gebaseerd op een geheel van te onzekere en indirecte omstandigheden om het UrlG te kunnen beschouwen als belemmering voor het vrije verkeer van werkgevers die strijdig is met artikel 45 VWEU.[48]

61. In dit verband heeft het Hof in zijn arrest Köbler[49] inderdaad geoordeeld dat een nationale regeling die voor de toekenning van een anciënniteitstoelage in overheidsdienst geen rekening houdt met de in een andere lidstaat vervulde diensttijdvakken, werknemers uit de lidstaat in kwestie ervan kan weerhouden om hun vrijheid van verkeer uit te oefenen, omdat hun in een andere lidstaat opgedane

46 De onderhavige zaak verschilt hierin van de rechtspraak van het Hof op het gebied van sociale zekerheid, met name van de arresten van 21 januari 2016, Commissie/Cyprus (C-515/14, EU:C:2016:30), en 13 juli 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550). In de zaken die hebben geleid tot deze arresten verloor een ambtenaar die ontslag nam uit de nationale overheidsdienst en in dienst trad bij een andere werkgever, ook bij een werkgever in een andere lidstaat, een voordeel waaraan hij reeds had bijgedragen en dat derhalve als verworven kon worden beschouwd. Dit is in casu niet het geval. Bovendien, terwijl socialezekerheidsrechten potentieel *exporteerbaar* zijn, geldt dat niet voor het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon.

47 Werknemers zullen bij het afwegen van de voor- en nadelen van ontslagname en vertrek naar het buitenland in het algemeen waarschijnlijk weinig belang hechten aan deze overweging. Het zal natuurlijk afhangen van de leeftijd van de betrokken werknemer en de reeds gewerkte jaren bij zijn huidige werkgever, die maken dat hij minder ver of verder afstaat van de door § 2, lid 1, UrlG, vereiste 25 dienstjaren. Niettemin lijkt het risico op het verlies van een dergelijk voordeel toch een verwaarloosbaar gegeven in vergelijking met de existentiële twijfel die een werknemer kan hebben bij zijn plannen om zijn lidstaat van herkomst te verlaten en zijn kansen in het buitenland te wagen.

48 Zie in die zin arrest van 27 januari 2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, punt 25). Zie eveneens, naar analogie, arresten van 4 oktober 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, EU:C:1991:378, punt 24); 15 juni 2010, Commissie/Spanje (C-211/08, EU:C:2010:340, punt 72), en 12 juli 2012, SC Volksbank România (C-602/10, EU:C:2012:443, punt 81). Het vraagstuk van het te onzekere en indirecte karakter van een toekomstige gebeurtenis om een nationale regelgeving te kunnen beschouwen als belemmering van het vrije verkeer van werknemers mag niet worden verward met dat van de omvang van een dergelijke belemmering, waarover het Hof heeft geoordeeld dat artikel 45 VWEU zelfs een geringe belemmering verbiedt [zie in die zin de arresten van 13 december 1989, Corsica Ferries (Frankrijk) (C-49/89, EU:C:1989:649, punt 8), en 1 april 2008, Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering (C-212/06, EU:C:2008:178, punt 52)]. De eerste vraag heeft namelijk betrekking op de invloed – waarschijnlijk of juist puur hypothetisch, niet bestaand – die die regeling kan hebben op de keuze van een werknemer om zijn vrijheid van verkeer uit te oefenen, terwijl de tweede vraag gaat over de gevolgen die de genoemde regeling heeft voor de werknemers die deze vrijheid uitoefenen.

49 Arrest van 30 september 2003 (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 74).

relevante werkervaring niet wordt meegeteld *bij terugkeer in overheidsdienst bij de genoemde staat*. Het Hof heeft een vergelijkbare uitlegging aangehouden in het arrest SALK, waarbij het ging om werknemers in overheidsdienst bij de deelstaat Salzburg *die daar weer in dienst wilden treden na hun recht op vrij verkeer te hebben uitgeoefend*.

62. Ik ben er echter ook in dit geval niet zeker van of de redenering van deze rechtspraak met betrekking tot de overheidsdienst kan worden omgezet naar de onderhavige zaak. De Oostenrijkse regering betoogt daarover dat het opnieuw aanstellen van een ambtenaar bij zijn oorspronkelijke werkgever, na een detacheringsperiode bij de overheid van een andere lidstaat of een terbeschikkingstelling met het oog op het opdoen van werkervaring bij een andere publieke of private werkgever, een gangbare praktijk is. Het zou daarentegen veel minder gebruikelijk zijn dat een werknemer uit de private sector, na verandering van werkgever, weer bij de oorspronkelijke onderneming in dienst treedt om daar zijn loopbaan voort te zetten. Een dergelijke herindiensttreding zou in het geval van een medewerker die twijfelt tussen in dienst blijven bij zijn werkgever of ontslag nemen, een *onzekere en indirecte* gebeurtenis zijn. Deze hypothetische herindiensttreding zou namelijk afhankelijk zijn van een aantal voorwaarden buiten de invloedssfeer van de betrokken werknemer, zoals de beschikbaarheid van een functie bij zijn terugkeer en de keuze van de werkgever om hem, en niet een ander, in dienst te nemen. Deze redenering lijkt mij alleszins redelijk.

63. Bovendien wil ik eraan herinneren dat de bestaande rechtspraak van het Hof betrekking heeft op het meetellen van de anciënniteit *voor het berekenen van de beloning* van ambtenaren. In dat geval worden de gevolgen van de anciënniteit onmiddellijk, of op korte termijn, gevoeld. In de onderhavige zaak zou, zelfs als een werknemer erin zou slagen om weer bij zijn oorspronkelijke werkgever in dienst te treden na zijn vrijheid van verkeer te hebben uitgeoefend, het verkrijgen van het recht op een zesde week vakantie hoe dan ook een *indirecte, in een meestal verre toekomst optredende gebeurtenis* vormen, aangezien daarvoor 25 dienstjaren zijn vereist. De betrokken werknemer zou dus het vereiste aantal jaren bij zijn werkgever moeten blijven, hetgeen ook weer afhankelijk is van relatief *onzekere* omstandigheden, zowel met betrekking tot het persoonlijk leven van de genoemde werknemer – die om verschillende redenen zou kunnen besluiten om opnieuw te vertrekken – als met betrekking tot de werkgever – die om verschillende redenen de arbeidsrelatie zou kunnen verbreken.

64. Gezien al het voorgaande ben ik van mening dat de bepalingen van het UrlG geen belemmering vormen voor het „verlaten" van de Oostenrijkse arbeidsmarkt door Oostenrijkse werknemers om de arbeidsmarkt van een andere lidstaat te betreden.

D. Subsidiair: het bestaan van een objectieve rechtvaardiging

65. Omwille van uitputtendheid en gesteld dat § 2, lid 1, en § 3, leden 1 tot en met 3, UrlG, naar het oordeel van het Hof een indirecte ongelijke behandeling op grond van nationaliteit veroorzaken of een belemmering vormen voor het vrije verkeer van werknemers, zal ik in de navolgende punten uiteenzetten waarom deze bepalingen mij hoe dan ook gerechtvaardigd lijken.

66. Ik wijs er in dit verband op dat, overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof, een ongelijke behandeling die indirect is gebaseerd op nationaliteit geen verboden discriminatie vormt als deze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en evenredig is aan dat doel. Een nationale maatregel die het vrije verkeer van werknemers belemmert is eveneens verenigbaar met het Unierecht voor zover hij aan dezelfde voorwaarden voldoet.

67. In casu betoogt de Oostenrijkse regering, wat betreft de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardiging, dat de litigieuze bepalingen van het UrlG beogen werknemerstrouw te belonen.

68. Het Hof heeft nooit formeel aanvaard dat het bevorderen van binding een rechtvaardiging vormt voor een ongelijke behandeling die indirect is gebaseerd op nationaliteit, of voor een belemmering van het vrije verkeer van werknemers. Het heeft zich ertoe beperkt te oordelen, meermaals maar steeds enigszins terughoudend, dat „niet kan worden uitgesloten” [50] dat binding een dergelijke rechtvaardiging kan vormen, maar dat die doelstelling in het concrete geval niet kon worden aangevoerd. [51]

69. Mijns inziens kan het doel van binding daadwerkelijk een ongelijke behandeling op grond van nationaliteit of belemmering in strijd met artikel 45 VWEU rechtvaardigen. De legitieme doelen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid die de lidstaten nastreven moeten volgens mij namelijk worden beschouwd als aanvaardbare rechtvaardigingen op dit terrein. In de huidige staat van het Unierecht beschikken de lidstaten over een *ruime beoordelingsmarge*, met name wat betreft *de keuze van doelstellingen die zij in het kader van dit beleid willen bereiken*. [52] Mijns inziens staat er dus niets aan in de weg om binding als een dergelijke legitieme doelstelling te beschouwen. Zoals EurothermenResort Bad Schallerbach aanvoert, biedt een duurzame arbeidsrelatie de werknemer een bepaalde zekerheid. De Commissie heeft eveneens en niet zonder reden betoogd dat werknemersbinding goed is voor de werkgever, die zijn werkzaamheden gemakkelijker kan plannen doordat hij beschikt over een stabiel personeelsbestand.

70. Vervolgens vereist de evenredigheidstest dat de betrokken regeling geschikt is om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling te verzekeren en niet verder gaat dan voor het bereiken van deze doelstelling noodzakelijk is. [53]

71. Mijns inziens zijn ten eerste de bepalingen van het UrlG geschikt voor het verwezenlijken van de verklaarde bindingsdoelstelling. In dit verband zij opgemerkt dat in de zaken betreffende anciënniteit van werknemers in overheidsdienst waarvan het Hof kennis heeft genomen, de litigieuze regelingen werkervaring waardeerden en beloonden die niet bij maar één, maar bij meerdere werkgevers was verkregen. [54] In die gevallen heeft het Hof geoordeeld dat de regelingen *niet geschikt waren* om deze doelstelling te verwezenlijken. [55] Het ging kortom om „valse” beloningen voor trouw. Zoals door de gehele onderhavige conclusie is aangegeven, bepaalt het UrlG echter dat in wezen uitsluitend de vervulde dienstjaren *bij dezelfde werkgever* worden beloond. De zesde jaarlijkse week vakantie met behoud van loon, zoals bepaald in § 2, lid 1, UrlG, vormt dus een „echte” beloning voor trouw. [56]

50 Arresten van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 83), en 5 december 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 38). Zie eveneens beschikking van 10 maart 2005, Marhold (C-178/04, niet gepubliceerd, EU:C:2005:164, punt 34).

51 Arresten van 15 januari 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, punten 26 en 27); 30 november 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, punt 49); 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punten 83 en 84), en 5 december 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 38).

52 Zie wat betreft artikel 45 VWEU, arrest van 13 december 2012, Caves Krier Frères (C-379/11, EU:C:2012:798, punt 51). Zie ook, met betrekking tot andere gebieden van het Unierecht, arresten van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, punt 63); 11 januari 2007, ITC (C-208/05, EU:C:2007:16, punt 39), en 16 oktober 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:604, punt 68).

53 Zie met name arrest van 5 december 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 36 aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 Het Hof beschouwt de verschillende overheidsinstellingen en -diensten van een lidstaat namelijk als afzonderlijke werkgevers. Zie voetnoot 32 van de onderhavige conclusie en aldaar aangehaalde rechtspraak.

55 Arresten van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 84), en 5 december 2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, punt 38). In bepaalde oudere zaken heeft het Hof zelfs geoordeeld dat de betrokken maatregelen *niet werkelijk verwezenlijking van de verklaarde bindingsdoelstelling beoogden* [zie de arresten van 15 januari 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, punt 26), en 30 november 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, punt 49)].

56 Het is dus geheel logisch dat in de systematiek van het UrlG de bij eerdere werkgevers vervulde diensttijdvakken slechts marginaal worden meegeteld, omdat die perioden vanuit het oogpunt van de beoogde bindingsdoelstelling gewoonweg niet vergelijkbaar waren met de perioden die zijn vervuld bij de huidige werkgever. Op zich moesten de diensttijdvakken bij eerdere werkgevers in het geheel niet worden meegeteld. Niettemin beoogt het tot vijf jaar meetellen van deze tijdvakken, zoals bepaald in § 3, leden 2 en 3, UrlG, mijns inziens eenvoudig de striktheid van de regel van 25 dienstjaren te verzachten, en draagt zo bij aan de evenredigheid ervan.

72. De ondernemingsraad betoogt echter dat het UrlG de bindingsdoelstelling niet op doeltreffende wijze verwezenlijkt, omdat in feite slechts weinig werknemers voldoende anciënniteit hebben om in aanmerking te komen voor een zesde jaarlijkse week vakantie met behoud van loon zoals bepaald in § 2, lid 1, UrlG. Het UrlG zou werknemers bovendien niet beschermen tegen een eventueel ontslag vóór het bereiken van de vereiste anciënniteit. Verder zouden er betere bindingsmaatregelen denkbaar zijn.

73. De ruime beoordelingsmarge van de lidstaten overeenkomstig de in punt 69 van de onderhavige conclusie aangehaalde rechtspraak omvat echter eveneens *het bepalen welke maatregelen geschikt zijn voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid*. Het Hof hoeft derhalve in het kader van een analyse van het passende karakter van wetgeving als het UrlG niet te verifiëren of deze *het beste middel is om werknemersbinding te realiseren*. Het volstaat dat zij *kan bijdragen aan deze binding*. Mijns inziens is dat het geval.

74. Ten tweede lijkt mij dat aangaande de vraag of de bepalingen van het UrlG noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van de nagestreefde doelstelling ook hier de ruime beoordelingsmarge van de lidstaten een rol speelt. Meer in het bijzonder is het niet aan het Hof om vast te stellen welke anciënniteit beloond dient te worden, omdat het anders in de plaats treedt van de nationale wetgever. Daarnaast is ook in dit geval het enkele feit dat er andere methoden bestaan om trouw te belonen, die ongetwijfeld in andere lidstaten ook worden toegepast, niet voldoende om de voorschriften van het UrlG als onevenredig te beschouwen.[57]

75. Naar mijn mening moet er bij de beoordeling van de noodzaak van de voorschriften van het UrlG eveneens rekening mee worden gehouden dat deze een *voordeel* aan werknemers verschaffen, dat de verplichtingen op grond van richtlijn 2003/88 overtreft. Degenen die geen recht hebben op een zesde jaarlijkse week vakantie met behoud van loon volgens § 2, lid 1, UrlG, krijgen altijd nog een week meer vakantie dan de minimumnorm van vier weken krachtens de richtlijn.

76. Anders dan de Commissie betoogt, verhinderen de litigieuze bepalingen werkgevers overigens geenszins om werknemerstrouw op een andere wijze te belonen. EurothermenResort Bad Schallerbach heeft aangegeven, zonder op dit punt te zijn weersproken, dat er daartoe in het Oostenrijkse recht ook andere maatregelen bestaan. Bovendien hebben deze onderneming en de Oostenrijkse regering betoogd dat de sociale partners en de werkgevers individueel, binnen hun onderneming, verder kunnen gaan dan de bepalingen van het UrlG, door bijvoorbeeld een lager aantal dienstjaren als voorwaarde te stellen voor de toekenning van een zesde jaarlijkse week vakantie met behoud van loon. Dit heeft de Commissie ter terechtzitting toegegeven.

77. Tot slot leidt de genoemde maatregel niet tot een afscherming van de nationale arbeidsmarkt, zoals bekritiseerd in het arrest Köbler[58]. Er zij aan herinnerd dat het Hof in dat arrest heeft geoordeeld dat de anciënniteitstoeslag in kwestie, door uitsluitend werkervaring bij Oostenrijkse openbare universiteiten te belonen, consequenties kon hebben voor de keuze van een hoogleraar tussen een Oostenrijkse universiteit en een benoeming aan een universiteit van een andere lidstaat, waardoor de binnenlandse arbeidsmarkt werd afgeschermd in strijd met het beginsel van vrij verkeer van werknemers. Dit droeg eraan bij dat deze regeling ongerechtvaardigd was.[59] In de onderhavige zaak

57 Zie naar analogie op het gebied van vrij verkeer van diensten, arrest van 10 mei 1995, Alpine Investments (C-384/93, EU:C:1995:126, punt 51), en conclusie van advocaat-generaal Jacobs in diezelfde zaak (EU:C:1995:15, punt 88).

58 Arrest van 30 september 2003 (C-224/01, EU:C:2003:513).

59 Arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punten 85 en 86).

leiden de voorschriften van het UrlG echter niet tot beïnvloeding van de keuze van de werknemer tussen een Oostenrijkse onderneming of een onderneming in een andere lidstaat, omdat hij in beide gevallen de anciënniteit onderbreekt die nodig is voor toekenning van een zesde jaarlijkse week vakantie met behoud van loon. [60]

78. Gezien al het voorgaande ben ik van mening dat bepalingen zoals in § 2, lid 1, en § 3, lid 1, UrlG, gerechtvaardigd en evenredig zijn.

V. Conclusie

79. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door het Oberste Gerichtshof gestelde vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 45, leden 1 en 2, VWEU, en artikel 7, lid 1, van verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie dienen aldus te worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen nationale wetgeving zoals die in het hoofdgeding, op grond waarvan een werknemer die in totaal 25 dienstjaren heeft vervuld, maar niet bij dezelfde werkgever, slechts in aanmerking komt voor vijf weken jaarlijkse vakantie met behoud van loon, terwijl een werknemer die 25 dienstjaren bij dezelfde werkgever heeft vervuld, recht heeft op zes weken vakantie per jaar."

60 Werknemersbinding zal echter nog wel in zekere mate strijdig zijn met de logica van de vrijheden van verkeer die door het VWEU worden gewaarborgd. Een getrouwheidspremie beloont immobiliteit, terwijl deze vrijheden beweging stimuleren. Dat is echter niet onverenigbaar met het Unierecht. Dit recht keert zich niet tegen stabiele, duurzame relaties, of deze nu professioneel of persoonlijk van aard zijn.