

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

A. TIZZANO

van 30 juni 2005¹

1. Bij beslissing van 26 februari 2004 heeft het Arbeitsgericht München (Duitsland) krachtens artikel 234 EG aan het Hof drie prejudiciële vragen voorgelegd met betrekking tot de uitlegging van de richtlijnen 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd² en 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep³ (hierna: „richtlijn 1999/70”, respectievelijk „richtlijn 2000/78” of de „richtlijnen”).

2. De nationale rechter wenst in wezen te vernemen of — in het kader van een geschil tussen particulieren — de aangehaalde richtlijnen zich verzetten tegen een nationale regeling die zonder beperkingen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met oudere werknemers toestaat.

I — Rechtskader

A — Gemeenschapsrecht

Richtlijn 1999/70 houdende uitvoering van de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

3. De op communautair niveau actieve werknemers- en werkgeversverenigingen (EVV, UNICE en CEEP) sloten op 18 maart 1999 een raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (hierna: „raamovereenkomst”), waarbij zij overwogen dat „arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd de normale arbeidsverhouding zijn”, maar tegelijkertijd erkenden dat „arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd typisch zijn voor sommige sectoren, beroepen en activiteiten en zowel de werkgevers als de werknemers goed kunnen uitkomen” (punten 6 en 8 van de algemene overwegingen). Vervolgens werd de raamovereenkomst krachtens artikel 139, lid 2, EG bij richtlijn 1999/70 uitgevoerd.

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — PB L 175, blz. 43.

3 — PB L 303, blz. 16.

4. Met betrekking tot de onderhavige zaak moet vooral worden gewezen op clausule 5, punt 1, van de raamovereenkomst, die luidt als volgt:

„Teneinde misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen, voeren de lidstaten, na raadpleging van de sociale partners overeenkomstig de nationale wetgeving, collectieve overeenkomsten of gebruiken, en/of de sociale partners, wanneer er geen gelijkwaardige wettelijke maatregelen ter voorkoming van misbruik bestaan, op een wijze die rekening houdt met de behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers, een of meer van de volgende maatregelen in:

- a) vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen;
- b) vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd;
- c) vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd.”

5. Clausule 8, punt 3, bepaalt:

„De uitvoering van de bepalingen van deze overeenkomst vormt geen geldige reden om het algemene niveau van bescherming van de werknemers op het door deze overeenkomst bestreken gebied te verlagen.”

Richtlijn 2000/78

6. Richtlijn 2000/78 „heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden” (artikel 1).

7. Na in artikel 2, lid 2, een definitie van het begrip discriminatie te hebben gegeven, bepaalt de richtlijn in artikel 6, lid 1, als volgt:

„Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk

worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

vanaf 2 december 2003, ofwel een totaal van maximaal 6 jaar, om de bepalingen met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd en handicap uit te voeren. In dat geval stellen zij de Commissie daarvan onverwijld in kennis.”

Dergelijke verschillen in behandeling kunnen onder meer omvatten:

- a) het creëren van bijzondere voorwaarden voor toegang tot arbeid en beroepsopleiding, van bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, met inbegrip van voorwaarden voor ontslag en beloning voor jongeren, oudere werknemers en werknemers met personen ten laste, teneinde hun opnemingsproces te bevorderen, en hun bescherming te verzekeren;

9. Aangezien Duitsland gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid, zal de omzetting van de bepalingen van richtlijn 2000/78 inzake leeftijd en handicap in de Duitse rechtsorde uiterlijk op 2 december 2006 dienen te hebben plaatsgevonden.

[...].”

B — *Nationaal recht*

8. Volgens artikel 18, eerste alinea, diende de omzetting van de richtlijn uiterlijk op 2 december 2003 te hebben plaatsgevonden. De tweede alinea van deze bepaling luidt evenwel als volgt:

„Teneinde met bijzondere omstandigheden rekening te houden kunnen de lidstaten indien nodig beschikken over drie extra jaren

10. Vóór de omzetting van richtlijn 1999/70 legde het Duitse recht aan arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd twee beperkingen op: het stond het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd slechts toe, indien hiervoor een objectieve reden bestond, of, bij ontstentenis hiervan, het beperkte de mogelijkheid van verlenging van deze arbeidsovereenkomsten (ten hoogste driemaal) en de maximale totale duur daarvan (ten hoogste twee jaar).

11. Deze beperkingen golden evenwel niet voor arbeidsovereenkomsten met oudere werknemers. Volgens de Duitse wetgeving konden arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd namelijk ook zonder de genoemde beperkingen worden gesloten met werknemers van 60 jaar of ouder [§ 1 van het Beschäftigungsförderungsgesetz (Duitse wet ter bevordering van de werkgelegenheid) van 26 april 1985⁴, zoals gewijzigd bij de arbeidsrechtelijke wet ter bevordering van de groei en de werkgelegenheid van 25 september 1996⁵].

12. Deze situatie is gedeeltelijk gewijzigd als gevolg van de goedkeuring van de wet inzake deeltijdarbeid en overeenkomsten voor bepaalde tijd en houdende wijziging en intrekking van arbeidsrechtelijke bepalingen van 21 december 2000, waarmee richtlijn 1999/70 werd uitgevoerd (hierna „TzBfG”).⁶

13. § 14, lid 1, van het TzBfG bevestigt de algemene regel dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd slechts is toegestaan, indien dit door een objectieve reden gerechtvaardigd wordt.⁷ § 14, lid 2, van het TzBfG

bepaalt dat, bij ontstentenis van een objectieve reden, arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten voor de duur van maximaal twee jaar, en binnen deze totale duur ten hoogste drie maal kunnen worden verlengd.

14. § 14, lid 3, van het TzBfG bepaalt evenwel als volgt:

„Voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is geen objectieve reden vereist, wanneer de werknemer bij de aanvang van de arbeidsverhouding voor bepaalde tijd 58 jaar of ouder is. Het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is niet toegestaan, wanneer een nauw zakelijk verband bestaat met een eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met dezelfde werkgever. Een dergelijk nauw zakelijk verband wordt in het bijzonder geacht aanwezig te zijn, indien de tijdsperiode tussen de arbeidsovereenkomsten minder dan zes maanden bedraagt.”⁸

4 — BGBl. 1985 I, blz. 710.

5 — BGBl. 1996 I, blz. 1476.

6 — Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, van 21 december 2000 (BGBl. 2000 I, blz. 1966).

7 — § 14, lid 1, van het TzBfG luidt:

„Het opteren voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is toegestaan, indien dit door een objectieve reden gerechtvaardigd wordt. Van een objectieve reden is met name sprake indien:

1. aan de arbeidsprestatie slechts tijdelijk behoefte bestaat,
2. de overeenkomst voor bepaalde tijd volgt op een opleiding of studie, om de overgang van de werknemer naar een aansluitende bezigheid te vergemakkelijken,
3. de werknemer een andere werknemer vervangt,
4. de aard van de te verrichten arbeid een overeenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigt,
5. de overeenkomst voor bepaalde tijd een proeftijd betreft,
6. met de persoon van de werknemer verband houdende redenen de overeenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigen,
7. de werknemer wordt betaald uit begrotingsgelden die uit hoofde van de begrotingsbepalingen voor een indienstneming voor bepaalde tijd zijn bestemd, en hij dienovereenkomstig te werk wordt gesteld, of,
8. de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gebaseerd op een gerechtelijke schikking.”

15. Laatstgenoemde bepaling werd gewijzigd naar aanleiding van de werkzaamheden van een regeringscommissie die had geconstateerd, dat de waarschijnlijkheid van reïntegratie op de arbeidsmarkt van een werkloze van ouder dan 55 jaar ongeveer 25-49% is. De eerste wet voor moderne dienstverrichtingen op de arbeidsmarkt van 23 december

8 — Cursivering van mij.

2002 (het zogenaamde Hartz-Gesetz) bepaalt namelijk:

„[...] Tot en met 31 december 2006 dient de eerste volzin [van § 14, lid 3, van het TzBfG] aldus te worden toegepast, dat ‚58 jaar of ouder’ dient te worden gelezen als ‚52 jaar of ouder’”.⁹

II — Feiten en procedure

16. In het hoofdgeding staan Mangold en de advocaat Helm tegenover elkaar.

17. Op 26 juni 2003 werd de toen 56-jarige Mangold door de advocaat Helm in dienst genomen op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

18. Artikel 5 van die arbeidsovereenkomst luidt:

„Termijn

1. De arbeidsovereenkomst vangt aan op 1 juli 2003 en loopt tot en met 28 februari 2004.

2. De duur van de overeenkomst is gebaseerd op de wetbepaling ter vereenvoudiging van het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met oudere werknemers (§ 14, lid 3, vierde zin, juncto § 14, lid 3, eerste zin van het TzBfG. [...]), aangezien de werknemer ouder dan 52 jaar is.

3. Partijen zijn overeengekomen dat de onderhavige arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur is gesloten enkel op de grond vermeld in het voorgaande punt 2. De door de wetgever en de rechtspraak in beginsel toelaatbaar geachte overige gronden voor het sluiten van een overeenkomst voor bepaalde tijd, zijn in de onderhavige overeenkomst uitdrukkelijk uitgesloten.”

19. Mangold was van mening dat § 14, lid 3, TzBfG in strijd was met de richtlijnen 1999/70 en 2000/78 en dat derhalve de clause die de duur van de arbeidsovereenkomst beperkte ongeldig was. Bijgevolg dagvaardde Mangold enkele weken na aanvang van zijn dienstbetrekking zijn werkgever voor het Arbeitsgericht München. Aangezien deze rechter eveneens twijfel koesterde omtrent de uitlegging van deze richtlijnen, heeft hij de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) a) Moet clause 8, punt 3, van de raamovereenkomst (richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) aldus worden uitgelegd dat zij in het

⁹ — BGBl. 2002 I, blz. 4607. Cursivering van mij.

kader van de omzetting in nationaal recht een verslechtering door verlaging van de leeftijd van 60 naar 58 jaar verbiedt?

20. In het kader van de aldus ingeleide procedure hebben partijen in het hoofdgeding en de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend.

b) Moet clause 5, lid 1, van de raamovereenkomst (richtlijn 1999/70/EG, voornoemd) aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een nationale bepaling die, zoals de hier in het geding zijnde, geen beperkingen in de zin van de drie in punt 1 genoemde alternatieven inhoudt?

21. Op 26 april 2005 vond de terechtzitting voor het Hof plaats, waaraan partijen in het hoofdgeding, de Duitse regering en de Commissie hebben deelgenomen.

2) Moet artikel 6 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader van gelijke behandeling in arbeid en beroep aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale bepaling die, zoals de hier in het geding zijnde bepaling, het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met werknemers van 52 jaar en ouder — in afwijking van het beginsel dat een objectieve reden noodzakelijk is — toestaat zonder dat van een objectieve reden sprake is?

III — Juridische analyse

A — *De gestelde fictieve aard van het hoofdgeding*

3) Indien een van deze drie vragen bevestigend wordt beantwoord: dient de nationale rechter de met het EG-recht strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten en geldt dan het algemene beginsel van het nationale recht, volgens hetwelk arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd alleen zijn toegestaan als er sprake is van een objectieve reden?"

22. Alvorens inhoudelijk in te gaan op de door het Arbeitsgericht gestelde vragen, acht ik het noodzakelijk stil te staan bij de twijfel die door de Duitse regering is geuit met betrekking tot de „reële” of „fictieve” aard van het geschil dat aan het hoofdgeding ten grondslag ligt. Indien deze twijfel gefundeerd is, kan zij de ontvankelijkheid van de verwijzingsbeslissing op losse schroeven zetten. Volledigheidshalve wijs ik er bovendien op, dat ook de Commissie de ontvankelijkheid op twee punten heeft betwist. Aangezien dit evenwel zeer specifieke punten zijn, zal ik ze in het kader van het onderzoek van de betrokken vragen bespreken.

23. Wat om te beginnen de twijfel van de Duitse regering betreft, herinner ik eraan dat deze regering ter terechtzitting heeft gewezen op een aantal nogal ongewone aspecten van de zaak die aan het hoofdgeding ten grondslag ligt. Zij heeft er met name op gewezen dat de beoordeling door Helm van de Duitse wet die thans in geding is, niet verschilt van die van Mangold, aangezien ook Helm zich herhaaldelijk in het openbaar tegen deze wet heeft uitgesproken. Volgens de Duitse regering zou deze overeenstemmende beoordeling de verdenking kunnen voeden dat het bij het hoofdgeding niet om een reëel geschil gaat. Zo zou men kunnen vermoeden dat verzoeker (Mangold) en verweerder (Helm), die het gezamenlijke doel hebben om § 14, lid 3, TzBfG onverenigbaar te laten verklaren, het rechtsgeschil hebben geconstrueerd enkel om dit doel te bereiken.

24. Ik stel voorop dat mij — ook in het licht van andere omstandigheden van het onderhavige geval (waarop ik in punt 29 van deze conclusie zal terugkomen) — de twijfel van de Duitse regering geenszins uit de lucht gegrepen lijkt. Om de redenen die ik aanstonds zal uiteenzetten, geloof ik evenwel niet dat zij volstaan om de aan het Hof voorgelegde vragen niet-ontvankelijk te verklaren. Overigens is de Duitse regering ook niet zo ver gegaan dat het hierom formeel heeft verzocht.

25. Dienaangaande wil ik in de eerste plaats eraan herinneren dat krachtens artikel 234 EG een nationale rechterlijke instantie het Hof kan verzoeken zich uit te spreken over een prejudiciële vraag, indien zij een beslissing op dat punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis.

26. Volgens de door het Verdrag beoogde verdeling van bevoegdheden staat het dus aan de nationale rechter „die als enige rechtstreeks kennis heeft van de feiten” en dus daartoe „het best in staat” is, om „de noodzaak van een prejudiciële beslissing” te beoordelen.¹⁰ Wanneer het Hof een door deze rechter „noodzakelijk” geachte vraag krijgt voorgelegd, is het „derhalve verplicht daarop te antwoorden”.¹¹

27. Zoals men evenwel weet, is het de taak van het Hof „om bij te dragen aan een goede rechtsbedeling in de lidstaten, doch niet om adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken te formuleren.” Teneinde deze taak te vervullen, heeft het Hof zich steeds de mogelijkheid voorbehouden om „een onderzoek in te stellen naar de omstandigheden waaronder de verwijzende rechter zich tot hem heeft gewend”¹², waarbij het in uitzon-

10 — Arresten van 29 november 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Jurispr. blz. 2347); 28 november 1991, Durighello (C-186/90, Jurispr. blz. I-5773), en 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871, punt 23).

11 — Arrest van 8 november 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Jurispr. blz. I-4003, punt 20).

12 — Arresten van 3 februari 1983, Robards (149/82, Jurispr. blz. 171), en Meilicke, reeds aangehaald, punt 25.

derlijke gevallen de ontvankelijkheid van de verwijzing uitsloot wanneer „duidelijk”¹³ bleek dat om de uitlegging van gemeenschapsrecht werd gevraagd „zonder dat daaraan werkelijk behoefte bestaat met het oog op de beslechting van het geschil”.¹⁴

28. Juist in de uitoefening van deze buitengewone controlebevoegdheid heeft het Hof in een aantal, inmiddels befaamde zaken, geen antwoord gegeven aan de verwijzende rechter, omdat deze zich in het kader van „fictieve”¹⁵ geschillen tot hem had gewend. In andere, recentere en minder bekende gevallen heeft het Hof echter wel geantwoord, maar zulks enkel omdat „uit de in het verwijzingsvonnis vermelde feitelijke gegevens niet [bleek], dat men in werkelijkheid te doen [had] met een *kennelijk* fictief geschil”.¹⁶ In dezelfde geest, zij het minder strikt, heeft het Hof onlangs overwogen dat „[d]e omstandigheid dat partijen in het hoofdgeding het eens zijn over het te bereiken resultaat, [...] niet af[doet] aan de realiteit van het geschil” en dus de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag niet uitsluit indien blijkt dat deze vraag „beantwoordt [...] aan een objectieve behoefte, waarvan de oplossing van het geschil in het hoofdgeding afhangt”.¹⁷

13 — Arrest van 13 juli 2000, *Idéal tourisme* (C-36/99, Jurispr. blz. I-6049, punt 20). Zie ook arrest Meilicke, reeds aangehaald, punt 25; arresten van 16 juli 1992, *Lourenço Dias* (C-343/90, Jurispr. blz. I-4673, punten 17 en 18); 15 december 1995, *Bosman* (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 61), en 9 maart 2000, *EIW en Wein & Co.* (C-437/97, Jurispr. blz. I-1157, punt 52). *Cursivering van mij.*

14 — Arrest van 16 december 1981, *Foglia* (244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 18).

15 — Arrest van 11 maart 1980, *Foglia* (104/79, Jurispr. blz. 745), en arrest *Foglia* van 16 december 1981, reeds aangehaald.

16 — Arrest van 21 september 1988, *Van Eycke* (267/86, Jurispr. blz. 4769, punt 12). *Cursivering van mij.*

17 — Arrest van 9 februari 1995, *Leclerc-Siplec* (C-412/93, Jurispr. blz. I-179, punten 14 en 15).

29. Na deze inleidende opmerkingen zal ik mij thans buigen over de onderhavige zaak. Om te beginnen wil ik benadrukken dat bepaalde elementen van het dossier de verdenking van de Duitse regering dat het bij het hoofdgeding om een fictief geschil gaat, lijken te bevestigen. Hierbij denk ik bijvoorbeeld aan het ter terechtzitting gebleken feit dat de overeenkomst van Mangold voorzorg in een tot enkele uren per week beperkte arbeid, of het feit dat in dit contract wellicht ook al te gedetailleerd werd bepaald dat de clause in verband met de bepaalde tijd uitsluitend op § 14, lid 3, van het TzBfG was gebaseerd, met uitsluiting van elke andere volgens de Duitse wetgeving en de Duitse rechtspraak mogelijke rechtvaardiging van de arbeidsverhouding voor bepaalde duur werd uitgesloten. Ten slotte heeft Mangold zich reeds enkele weken nadat hij in dienst was getreden — hetgeen niet erg gebruikelijk is — tot het Arbeitsgericht gewend met het verzoek de genoemde clause nietig te verklaren.

30. Zoals de Commissie heeft uiteengezet, heeft de verwijzende rechter deze omstandigheden echter reeds in aanmerking genomen, aangezien ook hij de mogelijkheid heeft geopperd dat het hoofdgeding door partijen is geconstrueerd. Na alle andere hem ter beschikking staande gegevens te hebben onderzocht en Mangold persoonlijk te hebben gehoord, heeft de verwijzende rechter deze mogelijkheid evenwel uitgesloten.

31. Uitgaande van deze bijzondere beoordeling door de verwijzende rechter komt de Commissie tot de slotsom, dat het hoofdge-

ding niet „duidelijk” als fictief kan worden beschouwd en dat dus de hieruit voortvloeiende verwijzing overeenkomstig de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof (zie punt 28) volgens welke de verwijzing enkel niet-ontvankelijk is wanneer het geschil duidelijk fictief is, ontvankelijk is.

32. Ik deel deze opvatting, maar zou haar liever willen baseren op de meer recente rechtspraak, waarin het Hof zich bij het onderzoek naar de ontvankelijkheid niet zozeer heeft laten leiden door een mogelijk akkoord tussen partijen ten aanzien van de uitkomst van het hoofdgeding, maar veeleer door het werkelijke belang van de prejudiciële vraag voor de beslechting van het geschil in het hoofdgeding (zie ook punt 28, hiervoor).

33. Ik ben namelijk van mening dat deze benadering meer recht doet aan de door het Verdrag beoogde verdeling van bevoegdheden tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter, en bovenal meer strookt met de door artikel 234 EG veronderstelde en door het Hof steeds benadrukte „geest van samenwerking” tussen de rechterlijke instanties.¹⁸ Volgens mij kan deze benadering namelijk enkel gepaard gaan met het vertrouwen dat de overwegingen van de verwijzende rechter juist zijn en het vermoeden dat hij niet „een gewoon ‘instrument’ in de handen van partijen”¹⁹ is dat deze naar believen voor hun eigen belangen gebruiken.

34. Van de andere kant dient, om recht te doen aan de rol van het Hof, niet alleen te worden stilgestaan bij de mate van waarschijnlijkheid van een geconstrueerd geschil, hetgeen per definitie moeilijk en niet met zekerheid kan worden vastgesteld, maar veeleer — met name wanneer het geschil „verdacht” lijkt — bij de vraag of de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht werkelijk „beantwoordt [...] aan een objectieve behoefte, waarvan de oplossing van het geschil in het hoofdgeding afhangt”.

35. Gelet op het voorgaande ben ik daarom van mening dat de grief betreffende het fictieve karakter van het hoofdgeding op zich niet tot niet-ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen kan leiden; het is veeleer noodzakelijk om het belang van deze vragen bijzonder grondig te onderzoeken.

B — Richtlijn 1999/70

1) Clausule 5

36. Met de eerste vraag, sub b, die als eerste moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter ter vernemen of clausule 5 van de raamovereenkomst in de weg staat aan een nationale regeling als die van § 14, lid 3, van het TzBfG, die geen beperkingen oplegt voor het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met werknemers van 52 jaar en ouder.

¹⁸ — Arrest Leclerc-Siplec, reeds aangehaald, punt 12.

¹⁹ — Zie de conclusie van advocaat-generaal Tesouro in de zaak Eurotunnel e.a. (arrest van 11 november 1997, C-408/95, jurispr. blz. I-6315, punt 10).

37. De hierboven aangekondigde strikte benadering indachtig merk ik terstond op dat de Commissie naar mijn mening gelijk heeft waar zij stelt dat deze vraag niet-ontvankelijk is.

38. Zoals ondubbelzinnig uit de formulering en het doel van deze bepaling blijkt, geeft clause 5 immers een regeling voor het geval opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden gesloten. Bijgevolg is de uitlegging ervan niet van belang voor het onderhavige geval, aangezien het hier juist enkel gaat om de enige en eerste arbeidsovereenkomst die tussen Mangold en Helm is gesloten.

39. Volgens haar bewoordingen verplicht deze bepaling de lidstaten ertoe, in hun nationale rechtsstelsels maatregelen in te voeren ter vaststelling van „objectieve redenen die een *vernieuwing* van [arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd] rechtvaardigen” (a), de „maximale totale duur van *opeenvolgende* arbeidsovereenkomsten”(b), en het „aantal malen dat dergelijke overeenkomsten mogen worden vernieuwd” (c). Deze bepaling schrijft dus beperkende maatregelen in het geval van *verschillende opeenvolgende* arbeidsovereenkomsten voor en ziet juist niet op het geval van een eenmalige aanstelling voor bepaalde duur van een werknemer.

40. Dit op de letter van de bepaling gebaseerde argument wordt bovendien bevestigd door het doel van de richtlijn, dat erin bestaat een „kader vast te stellen om mis-

bruik als gevolg van het gebruik van *opeenvolgende* arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen” (veertiende overweging van de considerans). De richtlijn ziet dus niet op het sluiten van de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, maar op het voortdurend gebruik van deze vorm van overeenkomst als mogelijke bron van misbruik en schendingen van het recht.

41. Zoals Mangold en Helm hebben bevestigd, is de door hen gesloten overeenkomst de *eerste* en *enigearbeidsovereenkomst*. Op grond van bovenstaande uiteenzettingen is clause 5 dus niet op deze arbeidsovereenkomst van toepassing en is het derhalve zonneklaar dat de uitlegging van deze bepaling niet van belang is voor de uitkomst van het hoofdgeding.

42. Ik geef het Hof daarom in overweging, zich voor de beantwoording van de eerste vraag, sub b, onbevoegd te verklaren.

2) Clause 8, punt 3 („verslechteringsverbod”)

43. Met de eerste vraag, sub a, wenst het Arbeitsgericht te vernemen of clause 8, lid 3, van de raamovereenkomst zich verzet tegen een nationaal voorschrift als § 14, lid 3,

van het TzBfG, waarbij in het kader van de omzetting van richtlijn 1999/70 de leeftijd vanaf welke onbeperkt arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten, van 60 naar 58 jaar is verlaagd.

Inleidende opmerkingen

44. Voor een beter begrip van deze vraag herinner ik er vooraf aan, dat het Duitse recht achtereenvolgens de volgende regelingen kende:

- het Beschäftigungsförderungsgesetz van 1985, zoals gewijzigd bij het Arbeitsrechtliche Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung van 1996, dat het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met werknemers van *ouder dan 60 jaar* onbeperkt toestond;
- § 14, lid 3, van het TzBfG, waarbij richtlijn 1999/70 werd omgezet, waarmee in 2000 de betrokken leeftijdsgrens van 60 naar *58 jaar* werd verlaagd;
- het Hartz-Gesetz dat de genoemde bepaling van het TzBfG opnieuw wijzigde: de leeftijd werd verder verlaagd van 58 naar *52 jaar*.

45. Gelet op de hierboven geschetste ontwikkeling van de wetgeving is de Commissie van mening dat ook de eerste vraag, sub a, een probleem met betrekking tot de ontvankelijkheid opwerpt. Volgens de Commissie is Mangold namelijk niet na de voltooiing van zijn 58^{ste} levensjaar op grond van de oorspronkelijke versie van § 14, lid 3, van het TzBfG (waarvan de verwijzende rechter bij deze vraag uitgaat) in dienst genomen, maar op de leeftijd van 56 jaar, hetgeen ingevolge het latere Hartz-Gesetz, waarbij deze bepaling werd gewijzigd, was toegestaan. Bijgevolg neemt de Commissie het standpunt in dat een beslissing van het Hof enkel met betrekking tot laatstgenoemde wet van belang is.

46. Het Arbeitsgericht heeft samenvattend uiteengezet dat de uitlegging van de oorspronkelijke versie van § 14, lid 3, van het TzBfG wel degelijk nuttig is. Zou namelijk deze bepaling onverenigbaar met het gemeenschapsrecht worden verklaard, dan leidt dit onvermijdelijk tot nietigheid van de latere bepaling van het Hartz-Gesetz, waarop Helm zich beroept ter rechtvaardiging van het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met Mangold.

47. Met het oog op een grondige beoordeling, zoals ik mij die in het onderhavige geval heb voorgenomen (zie punt 35, hierboven), lijkt een dergelijke verklaring evenwel gebrekkig en weinig overtuigend. Zij stelt het Hof immers niet in staat om te begrijpen waarom de verwijzende rechter, in plaats van het Hof een vraag te stellen op basis van de

in het onderhavige geschil geldende bepaling (namelijk de bepaling die uit de wijzigingen bij het Hartz-Gesetz is voortgekomen), ervoor koos om bij de hier te beoordelen vraag uit te gaan van de eerdere en in casu niet relevante bepaling.

48. Afgezien hiervan — de verwijzende rechter heeft het Hof immers alle noodzakelijke juridische gegevens verstrekt om op nuttige wijze zijn vragen te kunnen beantwoorden — ben ik het met de Commissie eens dat de eerste vraag, sub a, niet niet-ontvankelijk moet worden verklaard, maar dat overeenkomstig de door het Hof in dergelijke gevallen veelal gevolgde handelwijze de vraag moet worden geherformuleerd, teneinde de verwijzende rechter de inlichtingen te verschaffen die voor hem werkelijk nuttig zijn. Aldus dient aan de verwijzende rechter te worden meegedeeld of clause 8, lid 3, van de raamovereenkomst zich al dan niet verzet tegen een nationale bepaling als § 14, lid 3, van het TzBfG, zoals gewijzigd door het Hartz-Gesetz, die, na de omzetting van richtlijn 1999/70, de leeftijd waarboven onbeperkt arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten, van 58 naar 52 jaar heeft verlaagd.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

49. Nu de eerste vraag, sub a, aldus is geherformuleerd, wijs ik erop dat het onderzoek ervan thans is toegespitst op de strekking en de reikwijdte van clause 8, punt 3, die bepaalt dat „[d]e uitvoering van de bepalingen van deze overeenkomst [...]

geen geldige reden [vormt] om het algemene niveau van bescherming van de werknemers op het door deze overeenkomst bestreken gebied te verlagen.”

50. Degenen die hierover opmerkingen hebben ingediend, hebben zich vooral beijverd om aan te tonen dat de Duitse wetgever met de door hem doorgevoerde wetswijzigingen het algemene niveau van de vóór de omzetting van richtlijn 1999/70 in Duitsland bestaande bescherming van de werknemer heeft verlaagd (respectievelijk niet heeft verlaagd).

51. Volgens Mangold is het niveau verlaagd, omdat de leeftijd vanaf welke de beperkingen voor het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wegvallen, aanzienlijk is verlaagd. De Duitse regering is daarentegen van mening, dat de litigieuze verlaging van de leeftijd meer dan voldoende wordt gecompenseerd door het feit dat voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nieuwe garanties gelden, zoals een algemeen discriminatieverbod en de uitbreiding van de voor het sluiten van dit soort overeenkomsten geldende beperkingen tot kleine ondernemingen en tot arbeidsverhoudingen van korte duur.

52. Ik vraag mij af, of de deelnemers aan de procedure met deze opmerkingen wel adequaat ingaan op het kernprobleem van het onderhavige geval. Zij lijken er namelijk

zonder meer van uit te gaan, dat clause 8, punt 3, moet worden gelezen als een bepaling van dwingend recht die het de lidstaten absoluut verbiedt om het reeds gegarandeerde algemene beschermingsniveau te verlagen. Mijns inziens staan de strekking en de aard van dergelijke bepalingen evenwel geenszins vast; zij zijn veeleer voorwerp van een levendige discussie in de doctrine.

53. Derhalve moet hieraan ook in dit stadium de nodige aandacht worden geschonken.

De juridische aard van de clause

54. Ik wil er om te beginnen aan herinneren dat wij hier te maken hebben met bepalingen die algemeen worden aangeduid als een „*verslechteringsverbod*”. Zij zijn sinds het eind van de jaren tachtig opgenomen in de sociale richtlijnen van de Gemeenschap²⁰ om — weliswaar in telkens andere bewoordingen — te waarborgen dat de omzetting van een bepaalde richtlijn niet als „rechtvaardiging”, „motivering” of „reden” wordt gebruikt voor een verslechtering van de in de

20 — Een clause van dit type vindt men ook in het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkers, waarin in de laatste overweging van de considerans wordt verklaard dat „de plechtige afkondiging van de sociale grondrechten op het niveau van de Europese Gemeenschap bij de tenuitvoerlegging geen argument mag vormen voor enige achteruitgang ten opzichte van de thans in ieder lidstaat bestaande situatie”.

verschillende lidstaten reeds bestaande regelingen.²¹

55. In het kader van mijn onderzoek kunnen twee categorieën verslechteringsverboden worden onderscheiden, namelijk die welke alleen in de considerans van de betrokken handeling zijn opgenomen²² en die welke deel uitmaken van de inhoud van de richtlijnen of van de op communautair niveau door de sociale partners gesloten en door middel van richtlijnen uitgevoerde overeenkomsten.²³

21 — Zie, met betrekking tot de definitie van deze bepalingen, onder andere, Martin P., „Le droit social communautaire: droit commun des États membres de la Communauté européenne en matière sociale”, in: *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, nr. 4, blz. 627.

22 — Zie bijvoorbeeld de tweede overweging van de considerans van richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (PB L 183, blz. 1); vierde overweging van de considerans van richtlijn 2002/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 juni 2002 betreffende de minimumvoorschriften inzake gezondheid en veiligheid met betrekking tot de blootstelling van werknemers aan de risico's van fysieke agentia (trillingen) (zestiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) — Gezamenlijke verklaring van het Europees Parlement en de Raad (PB L 177, blz. 13); vijfde overweging van de considerans van richtlijn 2004/40/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de minimumvoorschriften inzake gezondheid en veiligheid met betrekking tot de blootstelling van werknemers aan de risico's van fysieke agentia (elektromagnetische velden) (achtthiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) (PB L 159, blz. 1).

23 — Zie bijvoorbeeld artikel 18, lid 3, van richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB L 307, blz. 18); artikel 16 van richtlijn 94/33/EG van de Raad van 22 juni 1994 betreffende de bescherming van jongeren op het werk (PB L 216, blz. 12); artikel 6 van richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht (PB 1998, L 14, blz. 6); clause 6, punt 2, van richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid (PB 1998, L 14, blz. 9); artikel 6, lid 2, van richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB L 180, blz. 22); artikel 8, lid 2, van richtlijn 2000/78; artikel 9, lid 4, van richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (PB L 80, blz. 29); artikel 23 van richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB L 299, blz. 9).

56. De bepalingen van deze tweede categorie, waartoe ook clause 8, punt 3, van de raamovereenkomst behoort, zijn volgens de heersende opvatting binnen de doctrine *dwingendrechtelijk* van aard. Een ander deel van de doctrine is daarentegen van mening dat zij hoofdzakelijk politieke betekenis hebben en in wezen enkel een aansporing zijn aan het adres van de nationale wetgever om bij de omzetting van de richtlijnen inzake sociaal beleid niet de reeds door het nationale recht gewaarborgde bescherming te verminderen.

57. Ik geef zelf, ook in de onderhavige zaak, de voorkeur aan de eerstgenoemde opvatting, en wel op grond van een letterlijke en systematische uitlegging.²⁴

58. Met betrekking tot het eerste punt merk ik op, dat het gebruik van het werkwoord in de aantoonende wijs („De uitvoering van deze [raam-]overeenkomst *vormt* geen geldige reden om het algemene niveau van bescherming [...] te verlagen”)²⁵, volgens de in dit soort zaken gebruikelijke uitleggingsmethoden²⁶ erop duidt dat de wetgever de bepaling in de vorm van een gebod heeft willen gieten om hiermee de lidstaten een werkelijke *verplichting* tot nalaten op te leggen, dat wil

zeggen om de omzetting niet aan te wenden als motief voor een vermindering van de reeds door het nationale recht aan werknemers gewaarborgde bescherming.

59. Deze zienswijze vindt eveneens steun in de plaats van de bepaling binnen de richtlijn. Zij is namelijk niet in de considerans opgenomen (zoals in het verleden vaak het geval was), maar in de tekst van de richtlijn zelf. Daarom is deze bepaling, op gelijke voet met alle voorschriften van deze richtlijn, ingevolge artikel 249, derde alinea, EG voor alle lidstaten verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, dat in het onderhavige geval erin bestaat te voorkomen dat de omzetting ter rechtvaardiging wordt gebruikt van een mogelijke vermindering van de reeds door het nationale recht gewaarborgde bescherming.

De reikwijdte van het verslechteringsverbod

60. Na deze verduidelijking zal ik thans proberen om de reikwijdte van het uit clause 8, punt 3, voortvloeiende verslechteringsverbod nauwkeuriger te bepalen.

61. Ik wil dienaangaande onmiddellijk opmerken dat het hier, anders dan Mangold betoogt, niet gaat om een standstillbepaling,

24 — Ik wijs erop dat eenzelfde standpunt ook wordt ingenomen door de Italiaanse Corte costituzionale, die in haar arrest 45/2000 heeft verklaard dat het in clause 6, punt 2, van richtlijn 97/81 opgenomen verslechteringsverbod een „bijzondere communautaire verplichting” met zich brengt (arrest van de Corte van 7 februari 2000, nr. 45, Mass. Giur. Lav., 2000, blz. 746 e.v.).

25 — Cursivering van mij.

26 — Zie in die zin bijvoorbeeld arrest van 20 januari 2005, Merck, Sharp & Dohme (C-245/03, Jurispr. blz. I-637, punt 21).

die een absoluut verbod inhoudt van een verlaging van het beschermingsniveau in het nationale recht op het moment van uitvoering van de richtlijn.

genoeg is — zijn, maar ook met de door het Verdrag beoogde verdeling van bevoegdheden, volgens welke, op het gebied van het sociale beleid, „het optreden van de lidstaten” door de Gemeenschap op bepaalde terreinen wordt „ondersteund en aangevuld” (artikel 137 EG).

62. Volgens mij is veeleer sprake van een *transparantieclausule*, dat wil zeggen een clause die, om misbruik te voorkomen, de lidstaten verbiedt om de uitvoering van de richtlijn aan te grijpen als een gelegenheid om — op een gevoelig terrein als dat van het sociale beleid — de voorheen door het nationale recht gewaarborgde bescherming te verminderen en dit niet toe te schrijven aan een zelfstandig nationaal besluit maar aan — niet-bestaande — communautaire verplichtingen (hetgeen helaas maar al te vaak voorkomt).

65. Indien de betrokken clause namelijk niet, zoals ik heb uiteengezet, als een verplichting tot transparantie maar als een standstillverplichting werd aangemerkt, zou aan de lidstaten vanaf de omzetting van de richtlijn niet alleen de — vanzelfsprekende — mogelijkheid worden ontnomen om in strijd met de voor hen uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen te handelen, maar ook om — en zulks in absolute zin — op basis van gerechtvaardigde redenen de door de richtlijn geregelde materie in peius te wijzigen. Dit zou echter noch een ondersteuning noch een aanvulling, maar eerder een daadwerkelijke verlamming (naar beneden toe) vormen van hun activiteiten op het gebied van het sociale beleid.

63. Dit vloeit in de eerste plaats voort uit de bewoordingen van de clause, die een vermindering van het aan werknemers verzekerde beschermingsniveau niet algemeen verbieden, maar slechts uitsluiten dat „[d]e uitvoering” van de richtlijn een „geldige reden” kan vormen voor deze vermindering. Derhalve is met inachtneming van de bepalingen van de richtlijn een vermindering van het nationale beschermingsniveau wel degelijk mogelijk, maar uitsluitend op *andere* gronden dan de noodzaak van omzetting van de richtlijn zelf. De lidstaat dient het bestaan van dergelijke gronden aan te tonen.

66. Dit vooropgesteld, moet voor de bepaling van de reikwijdte van clause 8, punt 3, nog worden nagegaan of deze met de „uitvoering” van de richtlijn enkel haar „eerste uitvoering” bedoelt of, meer in het algemeen, elke latere handeling die binnen haar werkingssfeer wordt vastgesteld.

64. Op de keper beschouwd, zou een andere uitlegging niet alleen strijdig met de letterlijke tekst van de clause — die duidelijk

67. De Duitse regering lijkt de eerste oplossing te bepleiten, want volgens haar bindt de litigieuze clausule de nationale wetgever uitsluitend op het moment van de *eerste* omzetting van richtlijn 1999/70 en heeft zij geen gevolgen voor latere nationale acties. Bijgevolg is in het onderhavige geval een schending van de clausule hoe dan ook uitgesloten, omdat zij geen enkele invloed heeft op het in geding zijnde Hartz-Gesetz, dat pas in 2002 is aangenomen, dat wil zeggen twee jaar na de formele omzetting van de richtlijn bij het TzBfG.

68. Mijns inziens dient echter niet deze, maar veeleer de tegenovergestelde door Mangold verdedigde opvatting te worden aanvaard, en wel op basis van zowel een letterlijke als een teleologische uitlegging.

69. Met betrekking tot de formulering van de clausule wijs ik erop dat, waar deze bepaalt dat de „uitvoering” van de richtlijn geen rechtvaardiging voor de verslechtering mag vormen, zij gebruik maakt van een heel ruime omschrijving, waaronder elke willekeurige nationale regeling kan vallen die dezelfde doeleinden als de richtlijn zelf nastreeft. Derhalve moeten niet alleen de nationale voorschriften waarbij de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen worden omgezet, maar ook de latere interne regelingen die met het hetzelfde doel de reeds vastgestelde voorschriften aanvullen of wijzigen, aan de bovengenoemde verplichting tot transparantie voldoen.

70. Wat vervolgens het doel van de clausule aangaat, wijs ik er nogmaals op dat deze wil voorkomen, dat de nationale wetgever richtlijn 1999/70 als rechtvaardigingsgrond aanwendt voor een vermindering van de aan werknemers toegekende bescherming, door regelingen aan de richtlijn toe te schrijven die het resultaat zijn van een autonoom wetgevend besluit.

71. Het moge duidelijk zijn dat het risico van een dergelijke handelwijze van de staat groter is bij de eerste omzetting van de richtlijn, wanneer een duidelijk onderscheid tussen voorschriften waarbij de communautaire verplichtingen worden omgezet en voorschriften die een ander doel nastreven, binnen dezelfde handeling lastig te maken is en dus de verleiding groter is om de tweede categorie voorschriften met behulp van de eerste categorie te „camoufleren”.

72. Volgens mij bestaat dit risico echter ook nog in een latere fase, met name wanneer de wetgever, zoals in casu, de ter eerste omzetting vastgestelde handeling door de vaststelling van nieuwe voorschriften aanvult of wijzigt. Ook ten aanzien van deze bepalingen, die deel gaan uitmaken van de bestaande regeling, kan onduidelijkheid bestaan over de vraag of zij nog uit een communautaire verplichting dan wel uit de autonome wil van de nationale wetgever voortvloeien.

73. Derhalve ben ik van mening dat ook de wetgeving die ná de ter eerste omzetting

vastgestelde handeling — zoals het Hartz-Gesetz — wordt aangenomen en die deze handeling aanvult of wijzigt, moet voldoen aan de in clause 8, punt 3, verankerde transparantieplichting. Bijgevolg moet ook het Hartz-Gesetz, waarbij het ter omzetting van de richtlijn vastgestelde TzBfG is gewijzigd, vanuit deze invalshoek worden onderzocht.

Toepassing op de onderhavige zaak

74. Dit gezegd hebbende, richt ik mijn aandacht thans op de onderhavige zaak, waarbij ik terstond wil opmerken dat Duitsland met de vaststelling van het Hartz-Gesetz mijns inziens niet in strijd met clause 8, punt 3, heeft gehandeld.

75. Uit de verwijzingsbeslissing en de opmerkingen van de Duitse regering ter terechtzitting kunnen namelijk verschillende aanwijzingen worden geput dat de in het Hartz-Gesetz vastgestelde verlaging van 58 naar 52 jaar van de leeftijd waarboven het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zonder beperkingen is toegestaan, is gebaseerd op een overweging die duidelijk verschilt van de uit de omzetting van richtlijn 1999/70 voortvloeiende verplichtingen, namelijk de noodzaak de werkgelegenheid van oudere werknemers in Duitsland te bevorderen.

76. Een eerste aanwijzing volgt uit het feit dat de wetgever zowel vóór als ná de

omzetting van de richtlijn verschillende regelingen heeft vastgesteld waarbij de betrokken leeftijdsgrens stapsgewijs is verlaagd. Zoals ik immers reeds heb uiteengezet, heeft de Duitse wetgever hiertoe in 1996 het Beschäftigungsförderungsgesetz vastgesteld, waarbij de leeftijdsgrens op 60 jaar werd gesteld, in 2000 het TzBfG, waarbij deze grens naar 58 jaar werd verlaagd, en als laatste het Hartz-Gesetz, dat de grens verder verlaagde naar 52 jaar. De Duitse wetgever heeft dus reeds vóór de omzetting van de richtlijn zelfstandig besloten om de aan oudere werknemers toegekende bescherming te verminderen, teneinde hun werkgelegenheid te bevorderen; hij is ook ná de omzetting bij dit zelfstandige besluit gebleven. Aldus heeft de Duitse wetgever er blijk van gegeven een eigen economisch en sociaal beleid te willen voeren, onafhankelijk van de communautaire verplichtingen.

77. Een tweede aanwijzing, die specifiek verband houdt met het Hartz-Gesetz, is dat deze wet is aangenomen naar aanleiding van de werkzaamheden van een regeringscommissie die had geconstateerd dat „de waarschijnlijkheid van reïntegratie op de arbeidsmarkt van een werkloze van ouder dan 55 jaar ongeveer 25 49% is” (zie punt 15, hierboven). De verlaging van de leeftijdsgrens hangt dus duidelijk samen met een nauwgezette beoordeling van de werkgelegenheid en niet met enig oneigenlijk gebruik van communautaire verplichtingen.

78. Gelet op het voorgaande, ben ik derhalve van mening dat clause 8, punt 3, van de raamovereenkomst zich niet verzet tegen een nationale bepaling als § 14, lid 3, van het TzBfG, zoals gewijzigd bij het Hartz-Gesetz,

waarbij op grond van gerechtvaardigde overwegingen van werkgelegenheidsbevordering, los van de omzetting van richtlijn 1999/70, is voorzien in een verlaging van 58 naar 52 jaar van de leeftijd waarboven het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onbeperkt is toegestaan.

79. Wél moet nog worden nagegaan, of deze verlaging verenigbaar is met de andere richtlijn (richtlijn 2000/78), waarnaar de nationale rechter heeft verwezen in zijn tweede prejudiciële vraag, die ik thans zal onderzoeken.

C — Richtlijn 2000/78

80. Met zijn tweede vraag wenst de nationale rechter te vernemen of artikel 6 van richtlijn 2000/78 in de weg staat aan een nationale bepaling als § 14, lid 3, van het TzBfG, zoals gewijzigd bij het Hartz-Gesetz, die zonder beperking het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met werknemers van 52 jaar en ouder toestaat, zonder dat sprake is van een objectieve reden en in afwijking van het algemene uitgangspunt van nationaal recht dat in beginsel een objectieve reden noodzakelijk is.

81. Dienaangaande herinner ik er om te beginnen aan dat krachtens artikel 6, lid 1, van de richtlijn „de lidstaten [kunnen] bepalen dat *verschillen in behandeling* op grond van leeftijd geen discriminatie vormen

indien zij in het kader van de nationale wetgeving *objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel*, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, *en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn*”.

82. Volgens de bepaling sub a, van lid 1 van dit artikel kunnen dergelijke verschillen in behandeling onder meer omvatten „het creëren van bijzondere voorwaarden voor toegang tot arbeid en beroepsopleiding, van bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, met inbegrip van voorwaarden voor ontslag en beloning voor [...], oudere werknemers [...], teneinde *hun opneming in het arbeidsproces te bevorderen*, en hun bescherming te verzekeren”.

83. Verder wil ik eraan herinneren dat het Hof reeds vóór de vaststelling van richtlijn 2000/78 en van de daarin opgenomen specifieke bepalingen het bestaan heeft erkend van een algemeen beginsel van gelijkheid dat lidstaten bindt „bij de uitvoering van gemeenschapsregelingen” en dat het Hof als maatstaf kan dienen bij de beoordeling van een nationale bepaling die „binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht komt”.²⁷ Ingevolge dit beginsel mogen „vergelijkbare situaties niet verschillend en ver-

27 — Arrest van 12 december 2002, Rodriguez Caballero (C-442/00, Jurispr. blz. I-11915, punten 30-32). Andere gevallen waarin de verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel is getoetst van nationale bepalingen die zijn vastgesteld ter uitvoering van communautaire handelingen, met name van verordeningen, zijn te vinden in de arresten van 25 november 1986, Klensch e.a. (201 en 202/85, Jurispr. blz. 3477, punten 9 en 10); 14 juli 1994, Graf (C-351/92, Jurispr. blz. I-3361, punten 15-17), en 17 april 1997, EARL de Kerlast (C-15/95, Jurispr. blz. I-1961, punten 35-40).

schillende situaties niet gelijk [...] worden behandeld (*behoudens objectieve rechtvaardiging*)”²⁸ ter verwezenlijking van een gerechtvaardigd doel en voorzover dit „*passend en noodzakelijk* is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel”.²⁹

84. Zoals uit de vergelijking van beide normen — die van de richtlijn en de zojuist aangehaalde algemene norm — blijkt, stemmen zij in wezen overeen, zodat de beoordeling van de verenigbaarheid van een voorschift als het Duitse zowel aan de hand van de ene als aan de hand van de andere norm kan plaatsvinden, met gelijke uitkomst. Het zou wellicht de voorkeur verdienen om van het — ook door de verwijzende rechter, zij het slechts zijdelings, genoemde — gelijkheidsbeginsel uit te gaan, aangezien dit, als algemeen gemeenschapsrechtelijk beginsel waarvan de inhoud ondubbelzinnig en onvoorwaardelijk is, op alle justitiabelen van toepassing is, zodat Mangold zich tegen Helm hierop rechtstreeks zou kunnen beroepen — hetgeen bij de richtlijn niet mogelijk is — en het Arbeitsgericht dit beginsel in het hoofdgeding zou kunnen toepassen.

85. Maar ook een beantwoording van de vraag aan de hand van artikel 6 van richtlijn

2000/78 zou niet tot een andere uitkomst leiden. Ook in dat geval moet bij de vraag of een nationale bepaling als § 14, lid 3, van het TzBfG een discriminatie op grond van leeftijd vormt, worden nagegaan of sprake is van een ongelijke behandeling en of deze eventuele ongelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is ter verwezenlijking van een rechtmatig doel, en voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk is.

86. Alvorens hiertoe over te gaan, wil ik eraan herinneren dat § 14, lid 3, van het TzBfG na wijziging door het Hartz-Gesetz luidt als volgt:

„Voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is geen objectieve reden vereist, wanneer de werknemer bij de aanvang van de arbeidsverhouding voor bepaalde tijd 58 jaar of ouder is. Het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is niet toegestaan, wanneer een nauw zakelijk verband bestaat met een eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met dezelfde werkgever. [...] Tot en met 31 december 2006 dient de eerste volzin aldus te worden toegepast, dat ‘58 jaar of ouder’ dient te worden gelezen als ‘52 jaar of ouder’”.

87. Thans zal ik overgaan tot het hierboven aangekondigde onderzoek, waarbij zoals gezegd, moet worden nagegaan of sprake is van een ongelijke behandeling, of deze in voorkomend geval objectief gerechtvaardigd is en of het evenredigheidsbeginsel in acht is genomen.

28 — Arrest van 29 juni 1995, SCAC (C-56/94, Jurispr. blz. I-1769, punt 27); arrest van 17 april 1997, EARL de Kerlast (reeds aangehaald, punt 35); arresten van 17 juli 1997, National Farmers' Union e.a. (C-354/95, Jurispr. blz. I-4559, punt 61), en 13 april 2000, Karlsson e.a. (C-292/97, Jurispr. blz. I-2737, punt 39).

29 — Arrest van 19 maart 2002, Lommers (C-476/99, Jurispr. blz. I-2891, punt 39).

88. Wat het eerste punt betreft, bestaan er mijns inziens niet veel redenen voor twijfel. Zoals de verwijzende rechter heeft benadrukt, geldt de mogelijkheid om onbeperkt en in het bijzonder ook zonder een objectieve rechtvaardiging arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd af te sluiten enkel ten aanzien van werknemers die ouder zijn dan 52 jaar. De ongelijkheid van behandeling op grond van leeftijd is derhalve zonneklaar.

89. Ondanks de bewoordingen van de in geding zijnde bepaling is het volgens mij ook duidelijk, dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor deze ongelijkheid, ook al wordt dit niet met zoveel woorden gezegd.

90. Wanneer men namelijk de enigszins misleidende formulering van de bepaling (die de noodzaak van een „objectieve reden” voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met werknemers van 52 jaar en ouder lijkt uit te sluiten) buiten beschouwing laat en daarentegen uitgaat — zoals ik hierboven heb gedaan — van de werkzaamheden van de regeringscommissie die tot de vaststelling van het Hartz-Gesetz hebben geleid (zie punten 15, 76 en 77 hierboven), dan ziet men dat zowel de in geding zijnde bepaling als de daaraan voorafgaande bepalingen een duidelijke rechtvaardiging hebben. Zij beogen namelijk alle, de reïntegratie in de arbeidsmarkt van oudere werklozen die — ook volgens de door de genoemde commissie openbaar gemaakte statistieken — erg moeilijk een nieuwe baan kunnen vinden.

91. Lastiger daarentegen is het om vast te stellen, of dit doel met passende en noodzakelijke middelen is nagestreefd. Ten aanzien van deze vraag zijn volgens mij de overwegingen van de verwijzende rechter overtuigend, die duidelijk heeft kenbaar gemaakt dat § 14, lid 3, van het TzBfG verder gaat dan hetgeen noodzakelijk is om de reïntegratie op de arbeidsmarkt van oudere werknemers te bevorderen.

92. De verwijzende rechter heeft in de eerste plaats opgemerkt, dat de litigieuze bepaling toestaat dat „met een werknemer van 52 jaar [...]:

- een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd [kan] worden gesloten voor een nagenoeg onbepaalde tijd (dus bijv. voor 13 jaar, dat wil zeggen tot de leeftijd van 65 jaar bereikt is), of
- een onbepaald aantal kortlopende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd [kan] worden gesloten met een of meerdere werkgevers”.³⁰

93. Voorts heeft de verwijzende rechter erop gewezen dat de leeftijdsgrens van 52 jaar, die overigens lager is dan de door de regeringscommissie genoemde leeftijdsgrens van 55 jaar (zie punt 15 hierboven), in de praktijk met nog eens twee jaar wordt verlaagd, aangezien de litigieuze bepaling een arbeids-

³⁰ — Zie verwijzingsbeschikking (Nederlandse vertaling), blz. 14.

overeenkomst voor bepaalde tijd uitsluit wanneer met de 52-jarige werknemer „reeds eerder een arbeidsovereenkomst voor [...] *onbepaalde tijd* heeft bestaan”, doch niet wanneer eerder met hem een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten die krachtens de andere bepalingen van het TzBfG³¹ een duur van maximaal twee jaar mag hebben.³²

94. Ten slotte is het volgens de verwijzende rechter op grond van de litigieuze bepaling mogelijk, dat de werknemer met wie na de voltooiing van zijn 50^{ste} levensjaar voor het eerst een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten, daarna tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd onbeperkt voor bepaalde tijd wordt aange-steld.

95. Gelet op het voorgaande heeft de verwijzende rechter volgens mij gelijk wanneer hij stelt dat een dergelijke regeling verder gaat dan hetgeen noodzakelijk is om de reïntegratie op de arbeidsmarkt van oudere werknemers te bevorderen. Deze werknemers wordt het zoeken naar een nieuwe baan weliswaar vergemakkelijkt, maar wel ten koste van een in beginsel *permanente* uitsluiting van de garantie van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die volgens de intentie van de sociale partners, waarachter ook de communautaire wetgever zich heeft geschaard, juist voor allen „de normale arbeidsverhouding” dient te blijven (punt 6 van de algemene overwegingen van de raamovereenkomst in de bijlage bij richtlijn 1999/70; zie punt 3 hierboven).

31 — § 14, lid 2, van het TzBfG.

32 — Zie verwijzingsbeschikking (Nederlandse vertaling), blz. 5 en 6.

96. Hieraan doet evenmin af, dat de in het Hartz-Gesetz bepaalde verlaging van 58 naar 52 jaar enkel tot en met 31 december 2006 geldt. Dit argument wordt namelijk ondergraven door de omstandigheid dat op dat tijdstip een groot deel van de werknemers waarop deze wet van toepassing is (waar- onder ook Mangold) het 58^{ste} levensjaar zal hebben voltooid en derhalve opnieuw onder de bijzondere regeling van § 14, lid 3, van het TzBfG zal vallen. Op zijn minst voor deze personen is derhalve de uitsluiting van de garantie van een vaste arbeidsovereenkomst reeds op dit moment definitief en daarom onevenredig.

97. Op grond van de overwegingen van het Arbeitsgericht ben ik derhalve de opvatting toegedaan dat het doel van reïntegratie op de arbeidsmarkt van oudere werknemers met volstrekt onevenredige middelen wordt nagestreefd en dat dus de in § 14, lid 3, van het TzBfG voor werknemers van 52 jaar of ouder voorziene behandeling een daadwerkelijke ongelijke behandeling op grond van leeftijd vormt.

98. Om deze redenen ben ik van mening, dat artikel 6 van richtlijn 2000/78, en meer in het algemeen het beginsel van non-discriminatie, zich verzetten tegen een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onbeperkt is toegestaan wanneer de werknemer 52 jaar of ouder is.

D — *De gevolgen van de uitlegging van het Hof*

99. Alvorens te concluderen, wil ik nog preciseren welke rechtsgevolgen de nationale rechter zal moeten verbinden aan de beslissing van het Hof in een situatie als die van het hoofdgeding, waarin een verwijzende rechter verzoekt om uitlegging van een richtlijn in het kader van een geschil tussen particulieren.

100. Eerst moet ik immers nog een antwoord geven op de derde vraag van de verwijzende rechter, waarmee hij wenst te vernemen, welke gevolgen een eventueel arrest waarbij een nationale regeling als de in geding zijnde onverenigbaar wordt verklaard, voor het hoofdgeding heeft, en in het bijzonder of hij op grond van een dergelijk arrest deze regeling buiten toepassing kan laten.

101. Welbeschouwd zou deze vraag overbodig worden, indien het Hof — overeenkomstig mijn voorstel — ervoor koos om een wet als de onderhavige onverenigbaar te verklaren aan de hand van de uitleggingsmaatstaf van het algemene gelijkheidsbeginsel, waarvan de inhoud duidelijk, precies en onvoorwaardelijk en bijgevolg op alle justitabelen van toepassing is, zodat particulie-

ren zich zowel tegenover de staat³³ als tegenover andere particulieren (zie punt 84 hierboven) hierop kunnen beroepen. Het staat immers buiten kijf, dat in dat geval de verwijzende rechter de met dit beginsel strijdige nationale bepaling buiten toepassing zou moeten laten, omdat dit beginsel rechtstreekse werking heeft.

102. De vraag zou daarentegen in volle omvang rijzen, indien het Hof besloot om — zoals ik bij wijze van alternatief heb uiteengezet — de onverenigbaarheid op grond van het in artikel 6 van richtlijn 2000/78 verankerde discriminatieverbod uit te spreken. In dat geval zou de beantwoording van de vraag namelijk nog ingewikkelder zijn, omdat ten tijde van de feiten van het hoofdgeding de termijn voor omzetting van deze richtlijn nog niet verstreken was (zie punten 8 en 9 hierboven).

103. Dienaangaande zijn het Arbeitsgericht en in wezen ook de Commissie van mening, dat indien de richtlijnen 1999/70 en 2000/78 zich verzetten tegen een bepaling als § 14, lid 3, van het TzBfG, zoals gewijzigd bij het Hartz-Gesetz, op grond waarvan het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onbeperkt is toegestaan wanneer de werknemer 52 jaar of ouder is, deze bepaling buiten toepassing dient te blijven en in plaats daarvan de algemene regel van § 14, lid 1, van het TzBfG dient te gelden, volgens welke voor het afsluiten van dergelijke overeenkomsten een objectieve reden moet bestaan.

³³ — Zie arrest van 15 april 1997, *Bakers of Nailsea* (C-27/95, Jurispr. blz. I-1847, punt 21).

104. Volgens het Arbeitsgericht en de Commissie moet de litigieuze nationale bepaling ook buiten toepassing blijven, indien zij enkel onverenigbaar met richtlijn 2000/78 wordt verklaard, ofschoon de voor deze richtlijn geldende omzettingstermijn nog niet verstreken is. In dat geval zou, als ik het goed zie, een dergelijk gevolg de voor de hand liggende sanctie zijn voor de schending van de verplichting van de lidstaten om tijdens de omzettingstermijn geen voorschriften vast te stellen — zoals volgens het Arbeitsgericht en de Commissie de in geding zijnde bepaling — die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden kunnen brengen.

105. Weliswaar kunnen — aldus vervolgt de Commissie — de communautaire richtlijnen, inclusief die waarvan de omzettingstermijn nog niet is verstreken, geen directe horizontale gevolgen teweegbrengen, dat wil zeggen gevolgen voor een particulier die, zoals Helm, door een andere particulier is gedagvaard. In het onderhavige geval leidt evenwel de toepassing van de ingeroepen richtlijnen niet tot dergelijke gevolgen; indien § 14, lid 3, van het TzBfG buiten beschouwing werd gelaten, zou nog een andere nationale bepaling — namelijk § 14, lid 1 van het TzBfG — van toepassing zijn en niet automatisch een bepaling van de genoemde richtlijnen.

106. Ik zeg terstond dat ik deze opvatting niet deel, want zij miskent dat in de

besproken gevallen de niet-toepassing van de litigieuze nationale bepaling in feite een direct gevolg van de communautaire handeling zou zijn en dat derhalve juist laatstgenoemde handeling zou beletten dat de betrokkene zich kan beroepen op de rechten die hem door zijn eigen nationale rechtsvoorschrift zijn toegekend.

107. In het onderhavige geval zou een tegengestelde opvatting tot gevolg hebben, dat Helm door een richtlijn wordt belet, zich voor het Arbeitsgericht te beroepen op de hem door het nationale recht toegekende mogelijkheid om onbepaald arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten met werknemers van 52 jaar of ouder.³⁴

108. Dit zou uiteraard in strijd zijn met de vaste rechtspraak van het Hof dat een richtlijn, die formeel aan de lidstaten is gericht, „geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en [...] een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen”.³⁵

34 — In dat geval zou men derhalve geen beroep kunnen doen (hetgeen het Arbeitsgericht en de Commissie overigens ook niet doen) op het arrest van 26 september 2000, Unilever (C-443/98, Jurispr. blz. I-7535), waarin het Hof weliswaar de niet-toepassing heeft erkend van een nationaal technisch voorschrift dat tijdens de in artikel 9 van richtlijn 83/189 voorziene periode voor de kennisgeving van de richtlijn was vastgesteld, maar enkel omdat het van mening was dat deze richtlijn „in een dergelijke situatie geenszins de materiële inhoud [bepaalde] van de rechtsregel op basis waarvan de nationale rechter het bij hem aanhangige geschil moe[st] beslechten” (punt 51).

35 — Zie in het bijzonder arresten van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 48); 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 20); 7 januari 2004, Wells (C-201/02, Jurispr. blz. I-723, punt 56), en 3 mei 2005, Berlusconi e.a. (C-387/02, 391/02 en 403/02, Jurispr. blz. I-3565, punt 73).

109. Zoals bekend, geldt dit beginsel bovendien, zoals reeds herhaaldelijk is benadrukt, voor alle gevallen waarin de omzettingstermijn van de ingeroepen richtlijn reeds was verstreken, zodat de op de lidstaten rustende verplichtingen vanuit die invalshoek onvoorwaardelijk waren. Dit beginsel dient daarom a fortiori te gelden wanneer de omzettingstermijn nog niet verstreken is.

meer gerechtvaardigd wanneer, zoals in het hoofdgeding, twee particulieren tegenover elkaar staan.

110. Volgens mij wordt deze conclusie evenmin weersproken door de rechtspraak van het Hof, zoals aangehaald door het Arbeitsgericht en de Commissie, waarin het Hof de verplichtingen van lidstaten heeft erkend om gedurende de omzettingstermijn van een richtlijn geen bepalingen vast te stellen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden kunnen brengen.³⁶ Het Hof heeft onlangs namelijk juist verklaard, dat een dergelijke verplichting van de lidstaten niet het recht van particulieren impliceert (dat hiermee dus uitdrukkelijk wordt uitgesloten) om zich „voor de nationale rechter” te beroepen op een richtlijn waarvan de omzettingstermijn nog niet verstreken is, en „te verlangen dat een eerder, met deze richtlijn strijdig, nationaal voorschrift buiten toepassing zou worden gelaten”.³⁷ Deze uitsluiting lijkt uiteraard des te

111. Bijgevolg ben ik van mening dat in het hoofdgeding tussen Mangold en Helm § 14, lid 3, van het TzBfG, zoals gewijzigd bij het Hartz-Gesetz, niet wegens onverenigbaarheid met richtlijn 1999/70 of — volgens de door mij bepleite oplossing — met richtlijn 2000/78 ten nadele van Helm buiten toepassing mag blijven.

112. Dit vooropgesteld, moet ik hieraan evenwel toevoegen dat deze conclusie — nog steeds volgens de vaste rechtspraak van het Hof — de nationale rechter niet van de verplichting ontslaat om het nationale recht richtlijnconform uit te leggen.

113. In het geval dat een richtlijn geen directe werking in het hoofdgeding kan hebben, heeft het Hof namelijk reeds lang geleden beslist dat de verwijzende rechter gehouden is „met inachtneming van het gehele nationale recht al het mogelijk te doen om door middel van zijn uitleggings-

36 — Arresten van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Jurispr. blz. I-7411, punt 45), en 8 mei 2003, ATRAL (C-14/02, Jurispr. blz. I-4431, punt 58).

37 — Arrest van 5 februari 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Jurispr. blz. I-1477, punt 69).

methoden het door de richtlijn beoogde doel te verwezenlijken".³⁸ Daarenboven dient de nationale rechter, evenals de andere organen van de lidstaten, krachtens artikel 249, derde alinea, EG, waarin richtlijnen verbindend worden verklaard, en de algemene verplichting van artikel 10, tweede alinea, EG, „alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen" die noodzakelijk zijn om de nakoming van het gemeenschapsrecht te waarborgen.³⁹

2000/78 (die mijns inziens in casu wel relevant is; zie punt 98 hierboven), die ten tijde van de feiten van het hoofdgeding reeds in werking was getreden, maar waarvan de omzettingstermijn nog niet verstreken was.⁴⁰

116. Ik wil dit standpunt hierna onderbouwen.

114. De bovengenoemde verplichting tot een met het gemeenschapsrecht conforme uitlegging geldt zonder meer met betrekking tot richtlijn 1999/70, waarvan de omzettingstermijn reeds was verstreken op het moment dat Mangold en Helm een arbeids-overeenkomst sloten. Richtlijn 1999/70 is mijns inziens evenwel in casu niet relevant, aangezien de vragen die hierop betrekking hebben hetzij niet-ontvankelijk moeten worden verklaard (eerste vraag, sub b; zie punt 42 hierboven), hetzij ontkennend moeten worden beantwoord (eerste vraag, sub a; zie punt 78 hierboven).

117. Om te beginnen herinner ik eraan dat de verplichting tot een met het gemeenschapsrecht conforme uitlegging een van de „structurele" gevolgen is van de communautaire regel die, samen met het „ingrijpender" instrument van de directe werking, de aanpassing van het nationale recht mogelijk maakt aan de inhoud en de doelstellingen van de communautaire rechtsorde. Juist vanwege haar structurele karakter geldt deze verplichting ten aanzien van alle communautaire rechtsbronnen, ongeacht of het hierbij gaat om primair⁴¹ dan wel secundair⁴² recht, en om voorschriften met dan wel zonder bindende rechtsgevolgen.⁴³ Zelfs met betrekking tot aanbevelingen heeft het Hof namelijk verklaard dat „[d]e nationale rechterlijke instanties [...] gehouden [zijn] de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen

115. Deze verplichting geldt welbeschouwd echter ook voor richtlijnen, zoals richtlijn

38 — Arrest van 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01-C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punten 113, 115, 116 en 118).

39 — Zie in het bijzonder arrest van 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8); arresten Faccini Dori, reeds aangehaald, punt 26; Inter-Environnement Wallonie, reeds aangehaald, punt 40, en arrest van 25 februari 1999, Carbonari e.a. (C-131/97, Jurispr. blz. I-1103, punt 48).

40 — Zie in die zin arrest van 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Jurispr. blz. 3969, punten 15 en 16).

41 — Zie arrest van 4 februari 1988, Murphy e.a. (157/86, Jurispr. blz. 673, punt 11).

42 — Zie de in de voetnoten 34 en 35 aangehaalde arresten.

43 — Idem.

aanhangige geschillen in aanmerking te nemen".⁴⁴

118. Het spreekt daarom voor zich, dat genoemde verplichting ook moet worden erkend met betrekking tot richtlijnen waarvan de omzettingstermijn nog niet verstreken is, aangezien zij deel uitmaken van de rechtsorde en niet pas vanaf het verstrijken van deze termijn maar vanaf het tijdstip van inwerkingtreding — dat wil zeggen krachtens artikel 254 EG op de datum die zij daartoe bepalen of, bij gebreke daarvan, op de twintigste dag volgende op die van hun bekendmaking — rechtsgevolgen teweegbrengen.

119. Hiervoor pleit overigens ook de aangehaalde rechtspraak (zie punten 104 en 110 hierboven), waarin het Hof heeft verklaard dat „[h]oewel op de lidstaten geen verplichting rust om de maatregelen [ter uitvoering van een richtlijn] vast te stellen vóór het verstrijken van de omzettingstermijn”, uit artikel 10, tweede alinea, in samenhang met artikel 249, derde alinea, EG volgt dat zij „zich gedurende deze termijn dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen”.⁴⁵

120. Het staat buiten kijf dat deze verplichting tot nalaten, evenals de positieve ver-

plichting om al het noodzakelijke te doen om het met de richtlijn beoogde doel te verwezenlijken, geldt voor *alle organen van de lidstaten*, inclusief — binnen het kader van hun bevoegdheden — de nationale rechterlijke instanties. Derhalve is, zolang de omzettingstermijn loopt, ook de nationale rechter gehouden te doen wat binnen zijn mogelijkheden ligt om te voorkomen dat het met de richtlijn nagestreefde doel in gevaar wordt gebracht. Hij dient, met andere woorden, die uitlegging van het nationale recht te kiezen die het meest strookt met de letter en de geest van de richtlijn.

121. Om terug te komen op de onderhavige zaak en het voorgaande samen te vatten, ben ik van mening dat het Arbeitsgericht in het geschil tussen Mangold en Helm § 14, lid 3, van het TzBfG, zoals gewijzigd bij het Hartz-Gesetz, niet ten nadele van Helm buiten toepassing mag laten wegens onverenigbaarheid ervan met het in artikel 6 van richtlijn 2000/78 verankerde discriminatieverbod op grond van leeftijd. Ook wanneer de omzettingstermijn van deze richtlijn nog niet verstreken is, dient deze rechterlijke instantie echter het gehele nationale recht, inclusief de bepalingen met grondwettelijke rang, die ditzelfde verbod bevatten, in aanmerking te nemen, teneinde tot een beslissing te komen die zo veel mogelijk strookt met het door de richtlijn voorgeschreven resultaat.

44 — Zie arrest van 13 december 1989, Grimaldi, (322/88, Jurispr. blz. 4407, punt 18). Cursivering van mij.

45 — Zie arrest Inter-Environnement Wallonie, reeds aangehaald, punt 45.

122. Gelet op de hierboven uiteengezette overwegingen ben ik derhalve van mening, dat een nationale rechter bij wie een geschil tussen uitsluitend particulieren aanhangig is, niet ten nadele van laatstgenoemde nationale rechtsvoorschriften buiten toepassing mag laten die in strijd zijn met een richtlijn. Op grond van de uit de artikelen 10, tweede alinea, EG en 249, derde alinea, EG voortvloeiende verplichtingen is de nationale rechter echter gehouden om deze rechtsvoorschriften zo veel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van deze richtlijn uit te leggen, teneinde het ermee beoogde resultaat te verwezenlijken; dit geldt ook voor richtlijnen waarvan de termijn voor omzetting in nationaal recht nog niet is verstreken.

IV — Conclusie

123. In het licht van het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de door het Arbeitsgericht gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) a) Clause 8, punt 3, van richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd verzet zich niet tegen een nationale bepaling als § 14, lid 3, van de wet inzake deeltijdarbeid en overeenkomsten voor bepaalde tijd van 21 december 2000 (TzBfG), zoals gewijzigd bij de eerste wet voor moderne dienstverrichtingen op de arbeidsmarkt van 23 december 2002 (het zogenaamde Hartz-Gesetz), die op grond van gerechtvaardigde overwegingen van werkgelegenheidsbevordering, onafhankelijk van de omzetting van voornoemde richtlijn, voorziet in een verlaging van 58 naar 52 jaar van de leeftijd waarboven het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onbeperkt is toegestaan.

b) Het Hof is niet bevoegd om zich uit te spreken over de eerste vraag, sub b.

- 2) Artikel 6 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader van gelijke behandeling in arbeid en beroep, en, meer in het algemeen, het beginsel van non-discriminatie verzetten zich tegen een nationale regeling als § 14, lid 3, TzBfG, zoals gewijzigd bij het Hartz-Gesetz, op grond waarvan het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onbeperkt is toegestaan wanneer de werknemer 52 jaar of ouder is.
- 3) Een nationale rechter bij wie een geschil tussen uitsluitend particulieren aanhangig is, mag niet ten nadele van laatstgenoemden nationale rechtsvoorschriften buiten toepassing laten die in strijd zijn met een richtlijn.

Op grond van de uit de artikelen 10, tweede alinea, EG en 249, derde alinea, EG voortvloeiende verplichtingen is de nationale rechter echter gehouden om deze rechtsvoorschriften zo veel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van deze richtlijn uit te leggen, teneinde het ermee beoogde resultaat te verwezenlijken; dit geldt ook voor richtlijnen waarvan de termijn voor omzetting in nationaal recht nog niet is verstreken.”