

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

ANTONIO TIZZANO

föredraget den 30 juni 2005<sup>1</sup>

1. Genom beslut av den 26 februari 2004 har Arbeitsgericht München (nedan kallad Arbeitsgericht), med stöd av artikel 234 EG, till domstolen ställt tre frågor om tolkningen av rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP<sup>2</sup> och av rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet<sup>3</sup> (nedan kallade direktiv 1999/70 och direktiv 2000/78 eller, gemensamt, direktiven).

**I — Tillämpliga bestämmelser**

*A — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

Direktiv 1999/70 om genomförande av ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP

2. Den nationella domstolen vill i huvudsak få klarlagt huruvida de ovannämnda direktiven — inom ramen för en tvist mellan privatpersoner — utgör hinder för en nationell bestämmelse som utan begränsningar tillåter avtal om visstidsanställning med äldre arbetstagare.

3. De allmänna branschövergripande organisationerna på gemenskapsnivå (EFS, UNICE och CEEP), som fastställde att "[t] illsvidadreanställning är det generella anställningsförhållandet", men som också erkände att visstidsanställningarna "inom vissa branscher, yrken och verksamheter ... kan passa både arbetsgivare och arbetstagare" (allmänna överväganden, punkterna 6 och 8) ingick den 18 mars 1999 ett ramavtal om visstidsarbete (nedan kallat ramavtalet), vilket därefter med stöd av artikel 139.2 EG genomfördes genom direktiv 1999/70.

1 — Originalspråk: italienska.

2 — EGT L 175, s. 43.

3 — EGT L 303 s. 16.

4. Det skall, såvitt är av intresse här, särskilt erinras om klausul 5.1 i ramavtalet, vari följande föreskrivs:

”För att förhindra missbruk som uppstår genom användandet av på varandra följande visstidsanställningskontrakt eller visstidsanställningsförhållanden, så skall medlemsstaterna, efter samråd med arbetsmarknadens parter i enlighet med nationell lagstiftning, kollektivavtal eller praxis, och/eller arbetsmarknadens parter, där det inte finns likvärdiga lagliga åtgärder för att förhindra missbruk, på ett sätt som tar hänsyn till behoven i särskilda branscher och/eller till kategorier av arbetstagare, införa en eller fler av följande åtgärder:

- a) Bestämmelser om objektiva grunder för förnyad visstidsanställning.
- b) Bestämmelser om en övre sammanlagd tidsgräns för flera på varandra följande visstidsanställningar.
- c) Bestämmelser om hur många gånger en visstidsanställning får förnyas.”

5. I klausul 8.3 föreskrivs följande:

”Genomförandet av detta avtal skall inte utgöra en skälig grund för att minska den allmänna skyddsnivån för de arbetstagare som omfattas av avtalet.”

Direktiv 2000/78

6. Enligt direktiv 2000/78 är ”[s]yftet med detta direktiv ... att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna” (artikel 1).

7. Efter definitionen av begreppet diskriminering i artikel 2.2 i direktivet föreskrivs i artikel 6.1 i detsamma följande:

”Utan hinder av artikel 2.2 får medlemsstaterna föreskriva att särbehandling på grund av ålder inte skall utgöra diskriminering om särbehandlingen på ett objektivet och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt kan

motiveras av ett berättigat mål som rör särskilt sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning, och sätten för att genomföra detta syfte är lämpliga och nödvändiga.

år, för att genomföra bestämmelserna i detta direktiv om diskriminering på grund av ålder och funktionshinder för att på så sätt beakta särskilda omständigheter. De skall genast underrätta kommissionen om så är fallet. ...”

I sådan särbehandling kan i synnerhet följande inbegripas:

- a) Införande av särskilda villkor för tillträde till anställning och till yrkesutbildning, anställnings- och arbetsvillkor, inbegripet villkor för avskedande och löner, för ungdomar och äldre arbetstagare samt underhållsskyldiga personer i syfte att främja deras anställbarhet eller att skydda dem.

9. Eftersom Tyskland har utnyttjat denna möjlighet skall införlivandet med den tyska rättsordningen av bestämmelserna om ålder och funktionshinder i direktiv 2000/78 ske senast den 2 december 2006.

...”

#### B — *De nationella bestämmelserna*

8. Enligt artikel 18 första stycket i direktivet skall införlivandet av detta ske senast den 2 december 2003. Dock föreskrivs i artikel 18 andra stycket följande:

”Medlemsstaterna får om så behövs ta ytterligare tre år på sig från och med den 2 december 2003, eller sammanlagt högst sex

10. I den tyska lagstiftningen uppställdes före införlivandet av direktiv 1999/70 två begränsningar för visstidsanställningsförhållanden. Den tyska lagstiftningen tillät tidsbegränsning av anställningsavtalen enbart när det förelåg en objektiv grund eller, i andra hand, begränsade möjligheterna att förlänga dem (till högst tre gånger) och den totala varaktigheten (till högst två år).

11. Dessa begränsningar gällde dock inte i fråga om anställningsförhållanden med äldre personer. Enligt den tyska lagstiftningen kunde nämligen även utan de beskrivna begränsningarna avtal om visstidsanställning dock ingås, om arbetstagaren redan hade fyllt 60 år (s. 1 § Beschäftigungsförderungsgesetz (lagen om sysselsättningsfrämjande åtgärder) av den 26 april 1985<sup>4</sup>, i dess lydelse enligt lagen om rätten till arbete som syftar till att främja tillväxten och sysselsättningen av den 25 september 1996<sup>5</sup>).

denna grund saknas, den sammanlagda tiden av avtalet på nytt begränsas till två år. Inom denna tid får avtalet dessutom förnyas högst tre gånger.

12. Denna situation har delvis ändrats genom godkännandet av lagen om deltids- och visstidsanställningar av den 21 december 2000, varigenom direktiv 1999/70 genomförts (nedan kallad TzBfG).<sup>6</sup>

14. I 14 § tredje stycket TzBfG föreskrivs följande:

13. I 14 § första stycket TzBfG har den allmänna bestämmelsen bekräftats enligt vilken ett avtal om visstidsanställning är tillåtet enbart om det föreligger en objektiv grund<sup>7</sup>. Enligt 14 § andra stycket skall, om

”Ett anställningsavtal kan tidsbegränsas utan objektiv grund om arbetstagaren fyllt 58 år då visstidsanställningen inleds. En tidsbegränsning är inte tillåten om det föreligger ett nära objektivt samband med en föregående tillsvidareanställning hos samma arbetsgivare. Ett sådant nära objektivt samband skall i synnerhet antas föreligga om tidsperioden mellan anställningsavtalen uppgår till mindre än sex månader.”<sup>8</sup>

4 — BGBl. 1985 I, s. 710.

5 — BGBl. 1996 I, s. 1476.

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

7 — I 14 § första stycket TzBfG föreskrivs följande: ”Det är tillåtet att tidsbegränsa ett anställningsavtal om detta motiveras av objektiva grunder. Objektiva grunder kan bland annat föreligga

1. när företaget har ett endast tillfälligt behov av arbetskraft,

2. när avtalet om visstidsanställning ingås i anslutning till en utbildning för att underlätta för arbetstagaren att erhålla en anställning i anslutning till utbildningen,

3. när arbetstagaren anställs som vikarie för en annan arbetstagare,

4. när arbetets art motiverar att anställningen tidsbegränsas,

5. vid provanställning,

6. när en tidsbegränsning av anställningen motiveras av personliga skäl hänförliga till arbetstagaren,

7. när arbetstagaren får sin ersättning ur budgetmedel, som i budgeten anvisats för en tidsbegränsad verksamhet och arbetstagaren anställs i enlighet härmed,

8. när tidsbegränsningen grundar sig på en bestämmelse i lag.”

8 — Min kursivering.

15. Till följd av att en regeringskommission fastställde att ”sannolikheten för att en arbetslös person som är äldre än 55 år skall finna ett nytt arbete är 25 procent”, antogs den sistnämnda bestämmelsen. I den första lagen om moderna tjänster på arbetsmark-

naden av den 23 december 2002 (den så kallade Hartz-lagen) fastställdes följande:

"... Fram till den 31 december 2006 skall åldern 58 år som anges i den första meningen (i 14 § tredje stycket TzBfG) ersättas med åldern 52 år".<sup>9</sup>

## II — Bakgrund och förfarande

16. Tvisten i målet vid den nationella domstolen står mellan Werner Mangold och advokaten Rüdiger Helm.

17. Den 26 juni 2003, vid 56 års ålder, anställdes Werner Mangold med ett avtal om visstidsanställning av advokaten Helm.

18. 5 § i anställningsavtalet har följande lydelse:

### "Tidsbegränsning

1. Anställningen börjar den 1 juli 2003 och varar till och med den 28 februari 2004.

2. Till grund för tidsbegränsningen ligger lagregeln angående utökade möjligheter att ingå avtal om visstidsanställning med äldre arbetstagare i 14 § tredje stycket fjärde meningen jämförd med första stycket i TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) (lagen om deltids- och visstidsanställning), då arbetstagaren har fyllt 52 år.

3. Parterna är eniga om att den under punkten 2 angivna grunden för att tidsbegränsa anställningen är den enda begränsningsgrund som avtalet om visstidsanställning stödjer sig på. Andra grunder för att tidsbegränsa ett anställningsavtal som i princip godkänts i lag eller rättspraxis undantas uttryckligen och omfattas inte av avtalet."

19. Då Werner Mangold ansåg att 14 § tredje stycket TzBfG stred mot direktiven 1999/70 och 2000/78 och att klausulen om tidsbegränsning i hans avtal var verkningslös, väckte han några få veckor efter anställningen talan mot sin arbetsgivare vid Arbeitsgericht. Denna domstol som likaså hyste tvivel om tolkningen av direktiven beslöt att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

"1. a) Skall klausul 8.3 i ramavtalet (rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP) tolkas på så sätt

9 — BGBl. 2002 I, s. 4607. Min kursivering.

att den innebär ett förbud för att vid införlivandet med nationell rätt införa en försämring i form av att sänka åldern från 60 till 58 år?

- b) Skall klausul 5.1 i ramavtalet (rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP) tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell bestämmelse som — liksom den här ifrågasatta — inte innehåller några sådana begränsningar som avses i de tre alternativen i klausul 5.1?

20. I förfarandet vid domstolen har parterna i målet vid den nationella domstolen och kommissionen framlagt skriftliga yttranden.

21. Den 26 april 2005 höll domstolen en förhandling, i vilken parterna i målet vid den nationella domstolen, den tyska regeringen och kommissionen deltog.

### III — Rättslig bedömning

2. Skall artikel 6 i rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell bestämmelse som — liksom den här ifrågasatta — tillåter att anställningsavtal som ingås med arbetstagare som fyllt 52 år tidsbegränsas — med avvikelser från principen att det krävs en objektiv grund — utan att det föreligger någon objektiv grund?

3. För det fall någon av de tre frågorna besvaras jakande, ställs följande fråga: Skall den nationella domstolen underlåta att tillämpa den nationella bestämmelse som strider mot gemenskapsrätten, och gäller då den allmänna principen i nationell rätt enligt vilken visstidsanställningar endast är tillåtna om de motiveras av objektiva grunder?"

#### *1) Den påstådda fiktiva karaktären på målet vid den nationella domstolen*

22. Innan jag prövar frågorna från Arbeitsgericht i sak skall jag gå in på den tyska regeringens tvivelsmål beträffande den "verkliga" eller "fiktiva" karaktären på den tvist som gett upphov till målet vid den nationella domstolen. Om det finns grund för dessa tvivel kan de innebära att det ifrågasätts huruvida beslutet om hänskjutande kan upptas till sakprövning. Jag preciserar dessutom, för fullständighetens skull, att även kommissionen har framfört två anmärkningar mot att detta beslut skall kunna upptas till sakprövning. Då dessa anmärkningar avser mycket precisa aspekter skall jag behandla dem vid undersökningen av de därtill hänförande frågorna.

23. När jag nu koncentrerar mig på den tyska regeringens tvivelsmål erinrar jag om att denna regering vid förhandlingen fäste domstolens uppmärksamhet vid vissa ganska speciella sidor av de omständigheter som gett upphov till målet vid den nationella domstolen. Den tyska regeringen har särskilt vidhållit att advokaten Helms tolkning av den här aktuella tyska lagen inte skiljer sig från Werner Mangolds tolkning, eftersom också advokaten Helm vid flera tillfällen offentligt har uttalat sig mot denna lag. Enligt den tyska regeringens uppfattning innebär dessa överensstämmande bedömningar att viss misstanke avseende den verkliga karaktären av målet vid den nationella domstolen kan tillåtas. Det kan med andra ord förmodas att kåranden (Werner Mangold) och svaramanden (advokaten Helm) är eniga om syftet att få fastställt att 14 § tredje stycket TzBfG är oförenlig med gemenskapsrätten och därför, i det enda syftet att uppnå ett sådant resultat, konstruerat tvisten.

24. Jag säger omedelbart att även mot bakgrund av andra omständigheter i detta fall (se därom nedan, punkt 29) förefaller det enligt min mening inte som om det saknas grund för den tyska regeringens tvivelsmål. Jag anser dock inte, av skäl som jag nu skall redogöra för, att dessa tvivelsmål utgör tillräcklig grund för att avgöra att frågorna till domstolen inte kan upptas till sakprövning. Den tyska regeringen har för övrigt inte gått så långt att den formellt har framfört en sådan begäran.

25. I detta avseende skall det enligt min mening först och främst erinras om att en nationell domstol enligt artikel 234 EG får begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken.

26. Inom ramen för kompetensfördelningen enligt fördraget ankommer det således på den nationella domstolen, som "ensam har en direkt kännedom om de faktiska omständigheterna i målet" och som således är "bäst lämpad" att bedöma "nödvändigheten av ett förhandsavgörande" att göra denna bedömning.<sup>10</sup> Domstolen är följaktligen, när den nationella domstolen har ställt en fråga som den ansett vara "nödvändig", "i princip", "skyldig att meddela förhandsavgörande".<sup>11</sup>

27. Det är dock känt att domstolens uppgift är "att bidra till rättskipningen i medlemsstaterna och att inte avge rådgivande utlåtanden i allmänna eller hypotetiska frågor". För att kunna fullgöra denna uppgift har domstolen förbehållit sig rätten "att granska de förutsättningar under vilka den nationella domstolen fört frågorna vidare till EG-domstolen"<sup>12</sup>, och i undantagsfall kommit fram till att begäran om förhandsavgörande inte kan upptas till sakprövning när det "på ett

10 — Dom av den 29 november 1978 i mål 83/78, Pigs Marketing Board (REG 1978, s. 2347; svensk specialutgåva, volym 4, s. 243), av den 28 november 1991 i mål C-186/90, Durighello (REG 1991, s. I-5773), och av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Mellicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13, s. 105), punkt 23.

11 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-231/89, Gmurzynska-Bscher (REG 1990, s. I-4003), punkt 20.

12 — Dom av den 3 februari 1983 i mål 149/82, Robards (REG 1983, s. 171), och domen i det ovannämnda målet Mellicke, punkt 25.

*uppenbart sätt*<sup>13</sup> framgår att den tolkning som begärs av gemenskapsrätten "inte svarar mot ett objektivt behov kopplat till lösningen av en tvist"<sup>14</sup>.

28. Det är vid utövandet av denna sin speciella kontrollbefogenhet som domstolen i några numera välkända fall inte har givit den nationella domstolen något svar, just på grund av att den tillfrågats inom ramen för så kallade "fiktiva" tvister.<sup>15</sup> Men även när domstolen, såsom i andra mindre kända fall från senare tid, däremot har givit ett svar, har detta skett endast på grund av att det fastställts att "det av de faktiska omständigheter som anges i [beslutet] om hänskjutande inte *klart* framg[ick] att det faktiskt handla[de] om en rent fiktiv tvist".<sup>16</sup> Domstolen har, i samma anda men mindre rigoröst, på senare tid fastställt att den omständigheten att "parterna i målet vid den nationella domstolen ... är överens om det resultat som skall uppnås inte gör tvisten mindre verklig" och således inte utesluter att tolkningsfrågan kan upptas till sakprövning, om det framgår att denna fråga "svarar mot ett objektivt behov som är förenat med lösningen av tvisten i målet vid den nationella domstolen".<sup>17</sup>

29. Sedan allt detta fastställts skall jag, när jag nu återvänder till förevarande fall, först och främst bekräfta att det förefaller som om vissa uppgifter avseende de aktuella omständigheterna bekräftar den tyska regeringens misstankar beträffande den fiktiva karaktären på målet vid den nationella domstolen. Härvid skall till exempel den omständigheten framhållas, som framgätt vid förhandlingen, att Werner Mangolds arbetstid, enligt anställningsavtalet, var begränsad till några få timmar i veckan. Även den omständigheten skall framhållas att det i detta avtal nästan alltför detaljerat preciserades att klausulen om tidsbegränsning uteslutande grundades på 14 § tredje stycket TzBfG, och det därmed uteslöts att det tidsbegränsade anställningsförhållandet eventuellt kunde motiveras på något annat sätt, såsom också var tänkbart på grund av tysk lag och rättspraxis. Slutligen, vilket säkerligen inte är vanligt, vände sig Werner Mangold redan några få veckor efter anställningen till Arbeitsgericht för att få fastställt att den ovannämnda avtalsklausulen var verkningslös.

30. Såsom kommissionen har påpekat har den hänskjutande domstolen dock redan beaktat de ovannämnda omständigheterna och således även framhållit möjligheten att målet vid den nationella domstolen avser en av parterna konstruerad tvist. Efter att ha bedömt alla andra tillgängliga omständigheter och efter att direkt ha hört Werner Mangold, avfärdade Arbeitsgericht dock denna möjlighet.

31. Kommissionen har med hänsyn till denna särskilda bedömning av den nationella domstolen dragit slutsatsen att målet vid den

13 — Dom av den 13 juli 2000 i mål C-36/99, *Idéal tourisme* (REG 2000, s. I-6049), punkt 20. Se även dom av den 16 juli 1992 i mål C-343/90, *Lourenço Dias* (REG 1992, s. I-4673); svensk specialutgåva, volym 13, s. 69), punkterna 17 och 18, domen i det ovannämnda målet *Meillicke*, punkt 25, dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, *Bosman* (REG 1995, s. I-4921), punkt 61, och av den 9 mars 2000 i mål C-437/97, *EKW och Wein & Co.* (REG 2000, s. I-1157), punkt 52. Min kursivering.

14 — Dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, *Foglia mot Novello* (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243), punkt 18.

15 — Dom av den 11 mars 1980 i mål 104/79, *Foglia mot Novello* (REG 1980, s. 745; svensk specialutgåva, volym 5, s. 73), och domen av den 16 december 1981 i det ovannämnda målet *Foglia mot Novello*.

16 — Dom av den 21 september 1988 i mål 267/86, *Van Eycke* (REG 1988, s. 4769; svensk specialutgåva, volym 9, s. 587), punkt 12. Min kursivering.

17 — Dom av den 9 februari 1995 i mål C-412/93, *Leclerc-Siplec* (REG 1995, s. I-179), punkterna 14 och 15.



nationella domstolen inte kan anses vara "uppenbart" fiktivt, och att det följaktligen skall fastställas att den följande begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning, i enlighet med domstolens ovan angivna riktlinjer (se punkt 28), som för att talan inte skall upptas till sakprövning uppställer villkoret att det är uppenbart att det rör sig om en fiktiv tvist.

32. Jag delar denna slutsats men anser att det är bättre att basera den på den av domstolen nyligen fastslagna riktlinjen, enligt vilken det för prövningen av uppdragandet till sakprövning läggs mindre vikt vid den omständigheten att parterna eventuellt kommit överens om resultatet av målet vid den nationella domstolen och snarare betonas hur relevant tolkningsfrågan faktiskt är för lösningen av tvisten i målet vid den nationella domstolen (se alltså ovan punkt 28).

33. Jag anser nämligen att detta synsätt tar mer hänsyn till den kompetensfördelning mellan EG-domstolen och nationella domstolar som eftersträvas med fördraget och som framför allt stämmer bättre överens med den "anda av samarbete" mellan dessa domstolar som följer av artikel 234 EG<sup>18</sup> och som EG-domstolen alltid har framhåvt. Enligt min mening är det i själva verket svårt att av detta synsätt inte utläsa en inställning av förtroende vid förhandsavgörandet för den nationella domstolens bedömningar och antagandet att den nationella domstolen inte kan anses vara "ett enkelt 'instrument' i händerna på ... parterna"<sup>19</sup>, som dessa fritt utnyttjar till sin egen fördel.

18 — Domen i det ovan nämnda målet *Sentenza Leclerc-Siplec*, punkt 12.

19 — Se generaladvokaten Tesaros förslag till avgörande i mål C-408/93, *Eurotunnel* (REG 1997, s. I-6315), punkt 10.

34. Å andra sidan skall det för att bibehålla domstolens roll inte endast prövas hur uppenbart det är att det rör sig om en fiktiv tvist, vilket per definition ofta är svårt att fastställa, utan det skall enligt min mening framför allt fastställas, särskilt om saken är "misstänkt", att den tolkning av gemenskapsrätten som begärts verkligen svarar "mot ett objektiva behov kopplat till lösningen av en tvist".

35. Mot bakgrund av dessa överväganden anser jag följaktligen att anmärkningen om den fiktiva karaktären på målet vid den nationella domstolen inte i sig kan medföra att de ställda frågorna inte kan upptas till sakprövning, och att man i stället skall koncentrera sig på att göra en grundlig prövning av huruvida dessa frågor är relevanta.

## 2) Direktiv 1999/70

### i) Klausul 5

36. Med frågan 1b), som skall behandlas först, har den nationella domstolen velat få klarlagt huruvida klausul 5 i ramavtalet utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom bestämmelsen i 14 § tredje stycket TzBfG, i vilken det inte uppställs någon gräns för ingående av avtal om visstidsanställning med arbetstagare som är äldre än 52 år.

37. Mot bakgrund av det ovan angivna rigorösa synsättet anser jag att kommissionen hade rätt när den hävdade att denna fråga inte kan upptas till sakprövning.

38. Såsom klart framgår av ordalydelsen och av syftet med bestämmelsen reglerar klausul 5 fallet med flera förnyade tidsbegränsade anställningsavtal, och tolkningen av den är följaktligen över huvud taget inte relevant i förevarande fall, eftersom detta i stället avser det första och enda anställningsavtal som Werner Mangold har ingått med advokaten Helm.

39. Vad beträffar bestämmelsens ordalydelse påpekar jag att medlemsstaterna genom denna klausul åläggs att i sina nationella rättsordningar införa "[b]estämmelser om objektiva grunder för *förnyad* visstidsanställning" (1.a), "[b]estämmelser om en övre sammanlagd tidsgräns" för "*flera på varandra följande*" visstidsanställningar (1.b), eller "[b]estämmelser om hur många gånger [flera på varandra följande visstidsanställningar] får *förnyas*"(1.c). Härigenom krävs således att det föreligger restriktiva bestämmelser vid *flera* på varandra följande visstidsanställningar men däremot avses inte fallet med en arbetstagares enda tidsbegränsade anställning.

40. Detta argument med avseende på bestämmelsens ordalydelse bekräftas vidare av syftet med direktivet, som är att "ange en ram för att förhindra att visstidsanställning

missbrukas genom att flera visstidsanställningar följer på varandra" (skäl 14). Man vill således inte påverka ingåendet av det första tidsbegränsade anställningsavtalet utan snarare den upprepade användningen av denna avtalsform som anses förebåda missbruk och ohederlighet.

41. Såsom Werner Mangold och advokaten Helm har bekräftat är det anställningsavtal som de ingått dock det första och enda anställningsavtalet. Härav följer, på grundval av det ovan anförda, att klausul 5 inte är tillämplig på detta anställningsavtal, och att det således är helt uppenbart att tolkningen av denna klausul blir irrelevant för lösningen av tvisten i målet vid den nationella domstolen.

42. Av detta skäl föreslår jag att domstolen skall förklara att den inte är behörig att meddela ett förhandsavgörande beträffande fråga 1b).

ii) Klausul 8.3 (den så kallade klausulen om upprätthållande av skyddsniån)

43. Med frågan 1a har Arbeitsgericht velat få klarlagt huruvida klausul 8.3 i ramavtalet utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom 14 § tredje stycket TzBfG, i vilken, vid

införlivandet av direktiv 1999/70, åldern över vilken avtal om visstidsanställning kan ingås utan begränsningar har sänkts från 60 till 58 år.

## Inledning

44. För att bättre förstå denna fråga erinrar jag inledningsvis om att i den tyska rättsordningen har följande rättsakter följt på varandra:

- lagen om sysselsättningsfrämjande åtgärder av år 1985, i dess ändrade lydelse enligt lagen om rätten till arbete som syftar till att främja tillväxten och sysselsättningen av år 1996, som tillät att tidsbegränsade anställningsavtal ingicks utan begränsningar med arbetstagare som hade fyllt 60 år,
- 14 § tredje stycket TzBfG, genom vilken direktiv 1999/70 har genomförts och enligt vilken den ifrågavarande åldergränsen år 2000 sänktes från 60 till 58 år,
- Hartz-lagen genom vilken den ovan nämnda bestämmelsen i TzBfG ändrats och denna gräns ytterligare sänkts till 52 år.

45. Mot bakgrund av den ovan beskrivna normativa utvecklingen har kommissionen ansett att även frågan 1a kan ge upphov till en fråga om upptagande till sakprövning. Kommissionen har påpekat att Werner Mangold inte anställts efter det att han fyllt 58 år på grundval av den ursprungliga bestämmelsen i 14 § tredje stycket TzBfG (som den nationella domstolen har hänvisat till när den ställt förevarande fråga), utan vid 56 års ålder såsom det tillåts enligt den följande Hartz-lagen, genom vilken denna bestämmelse har ändrats. Enligt kommissionen är det endast i förhållande till den sistnämnda lagen som således ett förhandsavgörande från domstolen är relevant.

46. Arbeitsgericht har kortfattat förklarat att tolkningen av den ursprungliga versionen av 14 § tredje stycket TzBfG är ändamålsenlig, eftersom ett eventuellt fastställande av att denna bestämmelse är oförenlig med gemenskapsrätten oundvikligen skulle kullkasta även den följande bestämmelsen i Hartz-lagen, som advokaten Helm har åberopat för att motivera tidsgränsen i det anställningsavtal som ingicks med Werner Mangold.

47. För en rigorös undersökning som den som jag avsett att genomföra i förevarande fall (se ovan punkt 35) synes denna förklaring vara bristfällig och föga övertygande. Denna förklaring innebär inte att det för domstolen står klart varför den hänskjutande domstolen, hellre än att ställa frågorna till domstolen med hänvisning till den tillämpliga bestämmelsen i förevarande fall (den

bestämmelse som är följden av Hartz-lagens ändringar), har föredragit att formulera den aktuella frågan med hänvisning till den tidigare föreliggande bestämmelsen som inte över huvud taget synes vara relevant i detta fall.

att minska den allmänna skyddsnivån för de arbetstagare som omfattas av avtalet” en framträdande plats vid undersökningen av densamma.

48. Trots detta och eftersom den hänskjutande domstolen i vart fall har tillhandahållit domstolen alla de rättsliga omständigheter som krävs för att den på ett ändamålsenligt sätt skall kunna besvara frågan, anser jag — i likhet med kommissionen — att det inte skall fastställas att frågan 1a inte kan upptas till sakprövning, utan att man snarare bör följa den praxis, som domstolen i dessa fall ofta tillgriper, att omformulera denna fråga i syfte att klarlägga det som för den nationella domstolen verkligen är ändamålsenligt att få klarhet i. Det är med andra ord fråga om att för den nationella domstolen ange huruvida klausul 8.3 i ramavtalet utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom 14 § tredje stycket TzBfG, *i dess lydelse enligt Hartz-lagen*, enligt vilken, *efter införlivandet av direktiv 1999/70*, åldern över vilken avtal om visstidsanställning kan ingås utan begränsningar har sänkts från 58 till 52 år.

Parternas yttranden

49. Jag noterar att sedan frågan 1a omformulerats på detta sätt har diskussionen om innebörden och omfattningen av klausul 8.3, enligt vilken "[g]enomförandet av [ram]avtal [et] ... inte [skall] utgöra en skäligen grund för

50. I synnerhet har de rättssubjekt som har yttrat sig om denna klausul framför allt koncentrerat sig på att visa att den tyska lagstiftaren genom de ovannämnda normativa ingripandena har (eller inte har) infört en sänkning av den allmänna skyddsnivån som garanterats arbetstagarna i den nationella rättsordningen innan direktiv 1999/70 införlivades.

51. Enligt Werner Mangold har det skett en sänkning av denna nivå, eftersom den ålder över vilken det inte föreligger begränsningar för att ingå tidsbegränsade anställningsavtal sänkts avsevärt. Den tyska regeringen är däremot av annan uppfattning och har påpekat att den ifrågasatta ålderssänkningen mer än väl kompenseras av att arbetstagare med tidsbegränsade anställningsavtal tillerkänts nya garantier, såsom bestämmelsen om ett allmänt förbud mot diskriminering, och att de begränsningar som fastställts för denna typ av anställningsavtal utsträckts till att gälla även småföretag och även kortvariga anställningsförhållanden.

52. Jag frågar mig huruvida parterna med sådana yttranden på lämpligt sätt har riktat sin uppmärksamhet på den centrala problematiken i förevarande fall. De förefaller

nämligen ha tagit för givet att klausul 8.3 skall tolkas som en bindande bestämmelse, enligt vilken medlemsstaterna förbjuds att sänka den redan garanterade allmänna skyddsnivån. Enligt min mening däremot är omfattningen av och karaktären på sådana klausuler inte det minsta självklara, utan är tvärtom föremål för en livlig debatt i doktrinen.

försämring av de arbetsvillkor som redan gäller i de olika medlemsstaterna<sup>21</sup>.

53. Deras analys skall således även här ägnas nödvändig uppmärksamhet.

55. För den aktuella analysen kan två kategorier av klausuler om upprätthållande av skyddsnivån särskiljas, nämligen de klausuler som endast införts i skälen i de relevanta rättsakterna<sup>22</sup> och de klausuler som finns i huvudtexten i direktiven eller i avtal som på gemenskapsnivå uppnåtts mellan arbetsmarknadens parter och som genomförts genom direktiv<sup>23</sup>.

### Klausulens rättsliga karaktär

54. Jag börjar med att erinra om att det här är fråga om bestämmelser, som av tradition kallas *klausuler om upprätthållande av skyddsnivån* och som sedan slutet av 1980-talet införts i de sociala gemenskapsdirektiven<sup>20</sup>, i syfte att om än endast med andra formuleringar föreskriva att genomförandet av ett särskilt direktiv inte skall utgöra "motivering", "grund" eller "skäl" för en

21 — För definitionen av dessa klausuler se bland många andra Martin, P., *Le droit social communautaire: droit commun des États membres de la Communauté européenne en matière sociale*, i *Revue trimestrelle de droit européen*, 1994, nr 4, s. 627.

22 — Se exempelvis andra skälet i rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet (EGT L 183, s.1; svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 146), skäl 4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/44/EG av den 25 juni 2002 om minimikrav för arbetstagares hälsa och säkerhet vid exponering för risker som har samband med fysikaliska agens (vibration) i arbetet (sextonde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) — Gemensamt uttalande från Europaparlamentet och rådet (EGT L 177, s. 13), och skäl 5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/40/EG av den 29 april 2004 om minimikrav för arbetstagares hälsa och säkerhet vid exponering för risker som har samband med fysikaliska agens (elektromagnetiska fält) i arbetet (18:e särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) (EGT L 159, s. 1).

23 — Se exempelvis artikel 18.3 i rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EGT L 307, s. 18), artikel 16 i rådets direktiv 94/33/EG av den 22 juni 1994 om skydd av minderåriga i arbetslivet (EGT L 216, s. 12; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 138), artikel 6 i rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbärda vid mål om könsdiskriminering (EGT L 14, 1998, s. 6), klausul 6.2 i rådets direktiv 97/81/EG av den 15 december 1997 om ramavtalet om deltidarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS — Bilaga: Ramavtal om deltidarbete (EGT L 14, 1998, s. 9), artikel 6.2 i rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (EGT L 180, s. 22), artikel 8.2 i direktiv 2000/78/EG, artikel 9.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen — Gemensamt uttalande av Europaparlamentet, rådet och kommissionen om arbets-tagarrepresentation (EGT L 80, s. 29), artikel 23 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EGT L 299, s. 9).

20 — En klausul av denna typ kan även hänföras till Gemenskapens stadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter. I sista skälet i denna fastställs att "[d]en högtidliga förklaringen om de grundläggande sociala rättigheterna på gemenskapsplanet ... i samband med dess genomförande [inte får] leda till en försämring i förhållande till den nuvarande situationen i varje medlemsstat".

56. I större delen av doktrinen anses denna andra kategori, som även klausul 8.3 i ramavtalet tillhör, utgöra *tvingande rätt*. I en annan del av doktrinen anses den däremot undantagslöst ha politisk innebörd. Det är då i huvudsak fråga om enbart en uppmaning till de nationella lagstiftarna att de vid införlivandet av direktiv på det socialpolitiska området inte skall minska det skydd som redan fastställts i den nationella rättsordningen.

57. Jag anser att det förstnämnda synsättet är att föredra även i förevarande fall, mot bakgrund av de ifrågavarande bestämmelsernas ordalydelse och systematik.<sup>24</sup>

58. I fråga om det första avseendet påpekar jag att användningen av verbet i indikativ form ("genomförandet av [ram]avtal[et] *skall* inte *utgöra* en skäligen grund för att minska den allmänna skyddsnivån")<sup>25</sup> tyder på att avsikten, mot bakgrund av de vanliga tolkningsregler som följs i sådana fall,<sup>26</sup> var att formulera bestämmelsen såsom ett påbud och således ålägga medlemsstaterna en verklig *skyldighet*, av negativt innehåll, som

består i att inte använda införlivandet som grund för att minska de skydd som redan garanteras arbetstagarna i den nationella rättsordningen.

59. Denna bedömning förefaller dessutom bekräftas av klausulens placering i direktivet. Den har nämligen inte införts bland skälen (såsom ibland skedde tidigare), utan i huvudtexten i direktivet. I likhet således med alla de normativa bestämmelserna i denna rättsakt är även den ifrågavarande klausulen, till följd av artikel 249 tredje stycket EG, bindande för medlemsstaterna med avseende på det resultat som skall uppnås, ett resultat som i detta fall just är att hindra att införlivandet kan utgöra en giltig motivering för en eventuell försämring av de skydd som redan gäller på nationell nivå.

Omfattningen av skyldigheten att upprätthålla skyddsnivån

60. Sedan detta klargjorts skall jag nu undersöka omfattningen av den skyldighet som följer av klausul 8.3.

24 — Jag påpekar att denna uppfattning även företräds av Corte costituzionale i Italien, vilken i dom nr 45/2000 har ansett att klausulen om upprätthållande av skyddsnivån i klausul 6.2 i direktiv 97/81 ger upphov till en "särskild gemenskaps-skyldighet" (Corte costituzionale den 7 februari 2000, nr 45, i Mass. giur. Lav., 2000, s. 746 och följande sidor).

25 — Min kursivering.

26 — För ett liknande resonemang se exempelvis dom av den 20 januari 2005 i mål C-245/03, Merck, Sharp & Dohme (REG 2005, s. I-637), punkt 21.

61. I detta avseende vill jag påpeka att det, till skillnad från vad Werner Mangold har hävdad, här inte är fråga om en standstill-

klausul enligt vilken det är absolut förbjudet att sänka den i nationell rätt redan befintliga skydds nivån vid tidpunkten för direktivets införlivande.

62. Det är enligt min mening i stället fråga om en *klausul om insyn*, det vill säga en klausul enligt vilken det, i syftet att hindra missbruk, är förbjudet för medlemsstaterna att dra nytta av det tillfälle då direktivet införlivas för att på ett känsligt område, såsom det socialpolitiska området, minska det skydd som redan garanteras i den egna rättsordningen och (såsom tyvärr många gånger sker) hänföra minskningen till obefintliga gemenskapsrättsliga skyldigheter hellre än till ett självständigt nationellt val.

63. Detta framgår först och främst av klausulens ordalydelse, vilken allmänt sett inte hindrar att den skydds nivå som garanteras arbetstagarna minskas, men utesluter att "genomförandet" av direktivet skall kunna utgöra "en skälig grund" för denna minskning. Med förbehåll för att bestämmelserna i direktivet iakttas är det således möjligt att försämra skydden på nationell nivå, men endast på *andra* grunder än nödvändigheten att införliva själva direktivet, och det är medlemsstaten som skall visa att dessa grunder föreligger.

64. En annan tolkning innebär inte endast att den motsäger klausulens mycket tydliga ordalydelse, utan även att den strider mot det

system för kompetensfördelning som eftersträvas genom fördraget, vilket på det socialpolitiska området förbehåller gemenskapen uppgiften att "understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet" på särskilda områden (artikel 137 EG).

65. Om den aktuella klausulen inte, såsom sagts, skulle betraktas som en bindande klausul om insyn, utan som en verklig standstill-skyldighet skulle medlemsstaterna från och med direktivets genomförande se sig förhindrade att inte endast — såsom är uppenbart — ha möjlighet att åsidosätta de skyldigheter som följer av direktivet, utan även oinskränkt på motiverade grunder försämra det område som regleras av direktivet. Detta utgör dock varken ett stöd eller en komplettering, utan innebär att medlemsstaternas verksamhet på det socialpolitiska området verkligen lamsläs.

66. Sedan detta klarlagts kvarstår dessutom att vid fastställandet av omfattningen av klausul 8.3, fastställa huruvida det, när det i klausulen talas om "genomförande" av direktivet, hänvisas till det "första genomförandet" av direktivet eller, mer allmänt, till vilken senare rättsakt som helst som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

67. Den tyska regeringen förefaller förespråka den första lösningen. Enligt dess uppfattning är den ifrågavarande klausulen endast bindande för de nationella lagstiftarna vid tidpunkten för det första införlivandet av direktiv 1999/70, medan den inte påverkar de följande statliga ingripandena. I förevarande fall har klausulen således inte åsidosatts, eftersom den inte har någon inverkan på den ifrågavarande Hartz-lagen, som godkändes först år 2002, två år efter det att det ovannämnda direktivet formellt införlivades genom TzBfG.

68. Jag anser däremot att denna inställning inte kan godtas och att Werner Mangold, både med hänsyn till klausulens ordalydelse och av teleologiska skäl, med rätta har gjort gällande den motsatta lösningen.

69. Såvitt avser klausulens ordalydelse, påpekar jag att när det i klausulen föreskrivs att "genomförandet" av direktivet inte skall utgöra en skäligen grund för en minskning av skyddsnivån, uttrycks detta på ett allmänt sätt, som således kan omfatta vilken nationell bestämmelse som helst genom vilken de resultat som eftersträvas med direktivet skall uppnås. Således är det inte endast i de nationella bestämmelser genom vilka de skyldigheter som följer av direktivet genomförs, utan även i de därpå följande bestämmelserna, genom vilka de redan antagna bestämmelserna i samma syfte införlivas eller ändras, som den ovan beskrivna skyldigheten till insyn skall iakttas.

70. Såvitt vidare avser de syften som eftersträvas med direktivet erinrar jag än en gång om att klausulen syftar till att hindra att den nationella lagstiftaren använder direktiv 1999/70 som motivering för att minska arbetstagarnas garanterade skydd och hänför minskningen till obefintliga gemenskapsrättsliga skyldigheter hellre än till ett självständigt val att lagstifta.

71. Det står klart att risken för ett sådant beteende från statens sida är större vid tidpunkten för det första införlivandet, när det är mycket svårt att inom ramen för samma rättsakt skilja mellan bestämmelser genom vilka de gemenskapsrättsliga skyldigheterna genomförs och de bestämmelser som inte omfattas av detta syfte och frestelsen att "dölja" de sistnämnda bland de förstnämnda således kan vara större.

72. Enligt min mening föreligger denna risk dock även senare, särskilt när — såsom i förevarande fall — lagstiftaren införlivar eller ändrar rättsakten för det första införlivandet genom att i denna införa nya bestämmelser. Även i fråga om dessa bestämmelser, som förväxlas med de befintliga bestämmelserna, kan det nämligen vara oklart huruvida de fortfarande får tillskrivas ett gemenskapsrättsligt åliggande eller, tvärtom, den nationella lagstiftarens självständiga vilja.

73. Av detta skäl skall enligt min mening även de lagar som följer på rättsakten för det



första införlivandet, i förevarande fall Hartz-lagen, och genom vilka denna rättsakt ändras eller införlivas, iakttas den bindande skyldigheten till insyn som fastställts i klausul 8.3. Även Hartz-lagen, genom vilken TzBfG — den lag genom vilken direktiv 1999/70 genomfördes — har ändrats, skall således granskas i detta avseende.

#### Tillämpning på förevarande fall

74. Mot bakgrund härav påpekar jag beträffande förevarande fall att Tyskland genom godkännandet av Hartz-lagen enligt min mening inte har åsidosatt klausul 8.3.

75. Av beslutet om hänskjutande och av de synpunkter som den tyska regeringen har framfört vid förhandlingen framgår nämligen olika omständigheter ägnade att visa att grunden för den sänkning, genom Hartz-lagen, från 58 till 52 år av åldern över vilken ingående av tidsbegränsade anställningsavtal tillåts utan begränsningar, klart skiljer sig från kraven på att tillämpa direktiv 1999/70, det vill säga behovet av att främja sysselsättningen av äldre personer i Tyskland.

76. En första omständighet som har framhållits i detta avseende är att det, både före

och efter genomförandet av direktivet, förekommit olika normativa ingripanden genom vilka åldersgränsen i fråga sänkts progressivt. Såsom har framgått antog den tyska lagstiftaren i detta syfte följande lagar: år 1996 lagen om rätten till arbete som *syftar till att främja* tillväxten och *sysselsättningen*, i vilken gränsen fastställdes till 60 år, år 2000 TzBfG, genom vilken denna gräns ändrades till 58 år, och slutligen år 2002 Hartz-lagen, genom vilken denna gräns ytterligare ändrades till 52 år. Redan före genomförandet av direktivet beslöt den tyska lagstiftaren således självständigt att minska det skydd som på området garanterades äldre arbetstagare i syftet att främja tillämpningen av detta och framhårdade i detta sitt val även efter genomförandet av direktivet och visade sig på så sätt eftersträva att uppnå de mål som fastställts inom ramen för tysk ekonomisk politik och socialpolitik, oberoende av gemenskapsrätten.

77. En andra omständighet som har särskilt samband med Hartz-lagen utgörs vidare av det förhållandet att denna lag antogs till följd av att en regeringskommission fastställde att "sannolikheten för att en arbetslös person som är äldre än 55 år skall finna ett nytt arbete är 25 procent" (se ovan punkt 15). Sänkningen av åldersgränsen har således ett klart samband med exakta bedömningar av sysselsättningen och inte med uppfyllande av de skyldigheter som uppställs av gemenskapen.

78. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser jag således att klausul 8.3 i ramavtalet inte utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom 14 § tredje stycket TzBfG, i dess lydelse enligt Hartz-lagen, genom vilken

— på grunder som motiveras av det berättigade målet att främja sysselsättningen som är oberoende av införlivandet av direktiv 1999/70 — åldern över vilken avtal om visstidsanställning kan ingås utan begränsningar har sänkts från 58 till 52 år.

särbehandlingen på ettobjektivt och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt *kan motiveras av ett berättigat mål* som rör särskilt sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning, och sätten för att genomföra detta syfte är lämpliga och nödvändiga”.

79. I det följande skall det undersökas huruvida denna sänkning är förenlig med det andra direktivet (direktiv 2000/78) som den nationella domstolen har åberopat i sin andra fråga, som jag nu kommer att undersöka.

82. Enligt artikel 6.1 a kan i sådan särbehandling i synnerhet inbegripas "[i]nförande av särskilda villkor för tillträde till anställning och till yrkesutbildning, anställnings- och arbetsvillkor, inbegripet villkor för avskedande och löner, för ... äldre arbetstagare ... i syfte att främja deras anställbarhet eller att skydda dem”.

### 3) Direktiv 2000/78

80. Genom sin andra fråga har den nationella domstolen sökt klarhet i huruvida artikel 6 i direktiv 2000/78 utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom 14 § tredje stycket TzBfG, i dess lydelse enligt Hartzlagen, som även i avsaknad av en objektiv grund tillåter att avtal om visstidsanställning ingås utan begränsningar med arbetstagare som är äldre än 52 år och på så sätt innebär ett undantag från den allmänna principen i nationell rätt, enligt vilken en motivering av denna typ i regel skall föreligga.

83. Jag erinrar dessutom om att även innan direktiv 2000/78 och de särskilda bestämmelserna i detta antogs fastställdes domstolen att det finns en allmän likabehandlingsprincip som är bindande för medlemsstaterna "när de genomför gemenskapsrättsliga bestämmelser" och som således domstolen kan tillämpa för att granska de nationella bestämmelser som "omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde"<sup>27</sup>. Enligt denna princip får "lika situationer inte ...

81. I detta avseende erinrar jag först och främst om att enligt artikel 6.1 i det ovan nämnda direktivet "får medlemsstaterna föreskriva att *särbehandling* på grund av ålder inte skall utgöra diskriminering om

27 — Dom av den 12 december 2002 i mål C-442/00, Caballero (REG 2002, s. I-11915), punkterna 30–32. Andra fall av kontroll av huruvida nationella bestämmelser som antagits för genomförande av gemenskapsrättsakter är förenliga med den allmänna likabehandlingsprincipen återfinns i dom av den 25 november 1986 i de förenade målen 201/85 och 202/85, Klensch m.fl. (REG 1986, s. 3477 ; svensk specialutgåva, volym 8, s. 729), punkterna 9–10, av den 14 juli 1994 i mål C-351/92, Graf (REG 1994, s. I-3361), punkterna 15–17, och av den 17 april 1997 i mål C-15/95, EARL de Kerlast (REG 1997, s. I-1961), punkterna 35–40.

behandlas olika och olika situationer inte ... behandlas lika med mindre än att en sådan *behandling är objektivt berättigad*<sup>28</sup>, i syfte att uppnå ett berättigat mål och alltjämt för vad "som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå" detta mål<sup>29</sup>.

i direktiv 2000/78. Även i detta fall måste man, för att bedöma huruvida en nationell bestämmelse, såsom 14 § tredje stycket TzBfG, innebär en diskriminering på grund av ålder, dock fortfarande kontrollera huruvida det föreligger särbehandling, om en sådan eventuell särbehandling objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och om den är lämplig och nödvändig för att uppnå detta mål.

84. Såsom framgår av en jämförelse dem emellan är de två bestämmelserna — den särskilda bestämmelsen i direktivet och den allmänna ovannämnda bestämmelsen — i huvudsak överensstämmande, så att en undersökning av huruvida en bestämmelse som den tyska bestämmelsen är förenlig med gemenskapsrätten kan företas i förhållande till den ena eller den andra bestämmelsen med motsvarande resultat. Att tillgripa lika-behandlingsprincipen — som om än i förbigående även åberopats av den hänskjutande domstolen — kanske är att föredra, eftersom den i sin egenskap av en allmän gemenskapsrättslig princip vilken är precis och ovillkorlig har direkt effekt och således, till skillnad från direktivet, kan åberopas direkt av Werner Mangold gentemot advokaten Helm och därmed tillämpas av Arbeitsgericht i målet vid den nationella domstolen.

86. Innan denna kontroll genomförs erinrar jag om att det i 14 § tredje stycket TzBfG till följd av ändringen enligt Hartz-lagen föreskrivs att "[e]tt anställningsavtal kan tidsbegränsas utan objektiv grund om arbetstagaren fyllt 58 år då visstidsanställningen inleds. En tidsbegränsning är inte tillåten om det föreligger ett nära objektivt samband med en föregående tillsvidareanställning hos samma arbetsgivare. ... Den i första meningen angivna åldern 58 år skall till och med den 31 december 2006 ersättas med åldern 52 år."

85. Resultatet ändras dock inte heller om man vill lösa frågan mot bakgrund av artikel 6

87. Sedan detta fastställts övergår jag således till den ovan beskrivna undersökningen. Härvid skall det såsom nämnts ovan fastställas huruvida det föreligger särbehandling och, i så fall, huruvida den är objektivt berättigad och huruvida proportionalitetsprincipen har iakttagits.

28 — Dom av den 29 juni 1995 i mål C-56/94, SCAC (REG 1995, s. I-1769), punkt 27, domen i det ovannämnda målet EARL de Kerlast, punkt 35, av den 17 juli 1997 i mål C-354/95, National Farmers' Union m.fl. (REG 1997, s. I-4559), punkt 61, och av den 13 april 2000 i mål C-292/97, Karlsson m.fl. (REG 2000, s. I-2737), punkt 39.

29 — Dom av den 19 mars 2002 i mål C-476/99, Lommers (REG 2002, s. I-2891), punkt 39.

88. Vad avser den första punkten finns det enligt min mening inte någon anledning till tvekan. Såsom den nationella domstolen har påpekat föreskrivs möjligheten att utan begränsningar, särskilt i avsaknad av en objektiv grund, ingå avtal om visstidsanställning endast för arbetstagare som är äldre än 52 år. Det är således uppenbart att det är fråga om särbehandling på grund av ålder.

89. Trots den ifrågavarande bestämmelsens ordalydelse står det enligt min mening emellertid ganska klart att särbehandlingen om än underförstått är objektivt berättigad.

90. Om man går utöver den i viss mening bedrägliga formuleringen av bestämmelsen (som förefaller utesluta nödvändigheten av en "objektiv grund" för att ingå ett avtal om visstidsanställning med arbetstagare som är äldre än 52 år) och i stället — såsom jag har gjort ovan — beaktar det fastställande som regeringskommissionen gjort, vilket ledde till antagandet av Hartz-lagen (se ovan punkterna 15, 76 och 77), står det klart att både den aktuella bestämmelsen och de bestämmelser som föregått den är berättigade. Genom bestämmelserna avses nämligen att främja äldre arbetslösa arbetstagares anställbarhet, vilka enligt officiell statistik som denna kommission tagit fram, möter stora svårigheter när det gäller att finna en ny anställning.

91. Det är däremot svårare att fastställa huruvida detta mål genomförs med lämpliga och nödvändiga medel. Enligt min mening är den hänskjutande domstolens argumentation på denna punkt övertygande, enligt vilken det klart har uttalats att 14 § tredje stycket TzBfG går utöver vad som är nödvändigt för att främja äldre arbetstagares anställbarhet.

92. Den hänskjutande domstolen har för det första påpekat att den omtvistade bestämmelsen innebär att "med en arbetstagare som fyllt 52 år ... ett avtal om visstidsanställning [kan] ingås med en i praktiken obegränsad längd (till exempel 13 år, således till [pensionsåldern om] 65 år)" eller att "ett visst stort antal kortvariga visstidsanställningar [kan] ingås med en eller flera arbetsgivare" ända till denna ålder.<sup>30</sup>

93. Den hänskjutande domstolen har dessutom påpekat att åldersgränsen på 52 år, som för övrigt är lägre än den av den ovan nämnda regeringskommissionen angivna åldersgränsen på 55 år (se ovan punkt 15), i praktiken minskas med ytterligare två år, eftersom den omtvistade bestämmelsen inte tillåter någon tidsbegränsad anställning om den arbetstagare som har fyllt 52 år "redan tidigare haft en tillsvidareanställning", men

30 — Se beslutet om hänskjutande, s. 12.

däremot inte om denne tidigare haft en visstidsanställning som med stöd av andra bestämmelser i TzBfG<sup>31</sup> kan pågå upp till två år<sup>32</sup>.

94. Enligt den nationella domstolens tolkning innebär slutligen den omtvistade bestämmelsen att de arbetstagare som anställs på viss tid för första gången efter det att de fyllt 50 år på nytt kan anställas på viss tid utan någon begränsning ända till sin pensionering.

95. Under dessa förhållanden har den nationella domstolen enligt min mening rätt när den har hävdat att detta går utöver vad som är nödvändigt för att främja äldre arbetstagares anställbarhet på arbetsmarknaden. Dessa arbetstagare är på så sätt hjälpta i sökandet efter en ny anställning, men till priset av att i princip stadigvarande sakna garanti för en tillsvidareanställning som, enligt de föresatser hos arbetsmarknadens parter som delas av gemenskapslagstiftaren, skall fortsätta att vara "det generella anställningsförhållandet" för alla (punkt 6 i allmänna överväganden i det ramavtal som bifogats direktiv 1999/70, se punkt 3).

96. Det kan å andra sidan inte heller invändas att sänkningen från 58 till 52 år enligt Hartz-lagen endast skall gälla till och med den 31 december 2006. Denna invändning kan nämligen inte godtas om det beaktas att flertalet av de arbetstagare som omfattas av denna lag (och däribland även Werner Mangold) vid detta datum har fyllt 58 år och således fortfarande omfattas av det särskilda system som föreskrivs i 14 § tredje stycket TzBfG. Åtminstone för dessa personer är det förhållandet att de inte garanteras någon fast anställning definitivt och därför oproportionerligt.

97. Mot bakgrund av Arbeitsgerichts bedömning är enligt min mening således de åtgärder för att främja äldre arbetstagares anställningsbarhet i hög grad oproportionerliga. Den behandling som enligt 14 § tredje stycket TzBfG förbehålls arbetstagare som har fyllt 52 år ger således upphov till en verklig diskriminering på grund av ålder.

98. Av dessa skäl anser jag att artikel 6 i direktiv 2000/78 och, mer allmänt, den allmänna icke-diskrimineringsprincipen utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom den omtvistade bestämmelsen i förevarande fall, som innebär att avtal om visstidsanställning kan ingås utan begränsningar med personer som har fyllt 52 år.

31 — 14 § andra stycket TzBfG.

32 — Se beslutet om hänskjutande, sidorna 6 och 12.

## 4) Konsekvenserna av domstolens tolkning

99. Innan jag avslutar återstår det att precisera vilka rättsliga konsekvenser som den nationella domstolen skall dra av det beslut som domstolen fattar under sådana omständigheter som dem i målet vid den nationella domstolen, där det inom ramen för en tvist mellan enskilda begärs en tolkning av ett direktiv.

100. Med andra ord skall även den tredje frågan besvaras. Genom den frågan har den hänskjutande domstolen sökt klarhet i hur ett eventuellt avgörande, i vilket det fastställs att bestämmelser, såsom de aktuella nationella bestämmelserna, är oförenliga med gemenskapsrätten, inverkar på målet vid den nationella domstolen, och i synnerhet huruvida den till följd av ett sådant avgörande kan underlåta att tillämpa dessa bestämmelser.

101. Vid närmare påseende är denna fråga besvarad om domstolen — genom att följa mitt förslag — fastställer att en lag, såsom den som är i fråga, är oförenlig med gemenskapsrätten och gör denna bedömning mot bakgrund av den allmänna likabehandlingsprincipen, vilken är klar, precis och ovillkorlig och därmed riktar sig till alla rättssubjekt i rättsordningen och som således

enskilda kan åberopa både mot staten<sup>33</sup> och gentemot andra enskilda (se ovan punkt 84). Det råder nämligen inget tvivel om att den hänskjutande domstolen i så fall skall underlåta att tillämpa den nationella bestämmelse som strider mot denna princip vilken anses vara direkt tillämplig.

102. Frågan är däremot av stor betydelse om domstolen — såsom jag har angivit i andra hand — beslutar att fastställa att de nationella bestämmelserna är oförenliga mot bakgrund av den bestämmelse om icke-diskriminering som fastslagits i artikel 6 i direktiv 2000/78. I så fall blir svaret på frågan i själva verket än mer komplicerat genom att fristen för införlivande av detta direktiv vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet ännu inte hade löpt ut (se ovan punkterna 8 och 9).

103. I detta avseende har Arbeitsgericht och i huvudsak även kommissionen hävdat att om direktiven 1999/70 och 2000/78 utgör hinder för en bestämmelse som 14 § tredje stycket TzBfG, i dess lydelse enligt Hartzlagen, som utan begränsningar tillåter avtal om visstidsanställning med arbetstagare som är äldre än 52 år, skall denna bestämmelse inte tillämpas, och i dess ställe skall den allmänna bestämmelsen i 14 § första stycket TzBfG tillämpas, som tillåter att denna typ av avtal ingås enbart om det föreligger en objektiv grund.

<sup>33</sup> — Jämför dom av den 15 april 1997 i mål C-27/95, Bakers of Nailsea (REG 1997, s. I-1847), punkt 21.

104. Enligt Arbeitsgericht och kommissionen skall den omtvistade nationella bestämmelsen inte heller tillämpas i det fall i vilket den anses vara oförenlig enbart med direktiv 2000/78, även om fristen för införlivande av detta ännu inte har löpt ut. Om jag har förstått saken rätt är denna typ av konsekvens i ett sådant fall den naturliga sanktionsåtgärden för åsidosättande av den skyldighet som åligger medlemsstaterna att så länge denna frist inte har löpt ut avstå från att anta sådana bestämmelser — som enligt deras mening den här aktuella bestämmelsen är — som allvarligt kan äventyra det av direktivet föreskrivna resultatet.

105. Vidare är det enligt kommissionen riktigt att gemenskapsdirektiven, inbegripet dem beträffande vilka fristen för införlivande ännu inte har löpt ut, då de är riktade till medlemsstaterna inte kan ha horisontell direkt effekt, med andra ord effekt gentemot en enskild, såsom advokaten Helm, mot vilken talan väckts av en annan enskild. Dock kan i förevarande fall tillämpningen av de åberopade direktiven inte få sådan effekt. Sedan 14 § tredje stycket TzBfG lämnats därhän är det nämligen ännu en bestämmelse i den nationella rättsordningen, det vill säga 14 § första stycket TzBfG, som skall tillämpas och inte, i sig, någon bestämmelse i de åberopade direktiven.

106. Enligt min mening kan denna uppfattning inte godtas. Genom denna uppfattning ignoreras i själva verket att underlåtenheten att i de aktuella fallen tillämpa den ifrågavarande nationella bestämmelsen i verkligheten är en direkt effekt av gemenskapsrättsakten,

och det är således genom denna rättsakt som den berörda personen hindras att utnyttja de rättigheter som den ges enligt bestämmelsen i den nationella rättsordningen.

107. I förevarande fall skulle konsekvensen av en motsatt uppfattning vara att advokaten Helm genom ett direktiv förvägrades möjligheten att vid Arbeitsgericht åberopa den möjlighet som tillerkänns honom i nationell rätt att utan begränsningar ingå avtal om visstidsanställning med arbetstagare som är äldre än 52 år.<sup>34</sup>

108. Det är uppenbart att detta strider mot domstolens fasta rättspraxis enligt vilken direktiven, då de formellt är riktade till medlemsstaterna, "inte i sig kan medföra skyldigheter för en enskild och ... [således] inte som sådan[a] kan åberopas gentemot denne".<sup>35</sup>

34 — I det fallet kan således inte dom av den 26 september 2000 i mål C-443/98, Unilever (REG 2000, s. I-7535) åberopas (något som Arbeitsgericht och kommissionen dock inte har gjort). I denna dom godkände domstolen att en nationell teknisk föreskrift, som antagits under den period för uppskov med antagandet som föreskrivs i artikel 9 i direktiv 83/189, inte tillämpades, men enbart för att den ansåg att detta direktiv "[varken] skapa[de] ... rättigheter eller skyldigheter för enskilda" och "[således] inte på något sätt [definierade] det materiella innehållet i den rättsregel som den nationella domstolen [skulle] tillämpa när den avgjorde målet" (punkt 51).

35 — Se särskilt dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 48, av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. 1), punkt 20, av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Wells (REG 2004, s. I-723), punkt 56, och av den 3 maj 2005 i de förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02, Berlusconi (REG 2005, s. I-3565), punkt 73.

109. Detta är dock inte allt. Som bekant gäller denna princip, vilket fastställts vid flera tillfällen, för de fall där fristen för införlivande av det åberopade direktivet redan har löpt ut och medlemsstaternas skyldighet således i detta avseende varit ovillkorlig. Det är uppenbart att denna princip med än större rätt skall gälla när denna frist ännu inte har löpt ut.

110. Denna slutsats är enligt min mening inte heller oförenlig med den rättspraxis som Arbeitsgericht och kommissionen har åberopat, i vilken domstolen har fastställt medlemsstaternas skyldighet att så länge fristen för införlivande inte har löpt ut avstå från att anta bestämmelser som allvarligt kan äventyra det i ett direktiv föreskrivna resultatet<sup>36</sup>. Tvärtom har domstolen nyligen fastställt att det förhållandet att medlemsstaterna har en sådan skyldighet inte innebär en rättighet (som på detta sätt uttryckligen är utesluten) för enskilda att ”i nationella domstolar” åberopa det direktiv beträffande vilken fristen för införlivande ännu inte har löpt ut ”i syfte att få fastställt att en redan befintlig nationell regel som strider mot detta direktiv inte skall tillämpas”<sup>37</sup>. Det är uppenbart att denna begränsning är desto

mer berättigad när, såsom i förevarande fall, det är fråga om en tvist mellan två enskilda.

111. Enligt min mening kan således Arbeitsgericht i målet vid den nationella domstolen mellan Werner Mangold och advokaten Helm inte underlåta att, till förfång för den sistnämnde, tillämpa 14 § tredje stycket TzBfG, i dess lydelse enligt Hartz-lagen, på grund av att den bedöms vara oförenlig med direktiv 1999/70 eller — enligt den lösning som jag har angivit — med direktiv 2000/78.

112. Sedan detta fastställts skall jag dock tillägga att den ovannämnda slutsatsen — fortfarande enligt gemenskapens fasta rättspraxis — inte innebär att den nationella domstolen befrias från sin skyldighet att tolka den nationella rätten på ett direktivkonformt sätt.

113. För det fall ett direktiv inte kan ha direkt effekt i målet vid den nationella domstolen har domstolen redan sedan länge fastställt att den nationella domstolen i vilket fall som helst skall ”gör[a] allt som är möjligt inom ramen för dess behörighet”, ”med beaktande av samtliga bestämmelser i nationell rätt” i enlighet med alla ”de tolkningsmetoder som erkänns i denna rätt” för att

36 — Dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. I-7411), punkt 45, av den 8 maj 2003 i mål C-14/02, ATRAL (REG 2003, s. I-4431), punkt 58.

37 — Dom av den 5 februari 2004 i mål C-157/02, Rieser (REG 2004, s. I-1477), punkt 69.



"uppnå det resultat som eftersträvas" i detta direktiv.<sup>38</sup> I likhet med andra organ i medlemsstaterna vilar även på den nationella domstolen den skyldighet som följer av artikel 249 tredje stycket EG, i vilken direktivens bindande karaktär slås fast, och mer allmänt av artikel 10 andra stycket EG, enligt vilken dessa organ åläggs "att vidta alla ... åtgärder, både allmänna och särskilda" som krävs för att säkerställa att gemenskapsrätten iakttas.<sup>39</sup>

direktiv, såsom direktiv 2000/78 (som enligt min tolkning är mer relevant, se ovan punkt 98), som redan trätt i kraft vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet, men vars frist för införlivande ännu inte löpt ut vid denna tidpunkt.<sup>40</sup>

114. Den ovan angivna skyldigheten till en konform tolkning gäller utan tvekan i förhållande till direktiv 1999/70, beträffande vilket fristen för införlivande redan hade löpt ut vid den tidpunkt då anställningsavtalet ingicks mellan Werner Mangold och advokaten Helm. Enligt min analys har detta direktiv dock inte någon särskild betydelse, eftersom det enligt min mening antingen skall fastställas att frågorna som hänför sig till detta inte kan upptas till sakprövning (fråga 1 b), se ovan punkt 42) eller att de skall besvaras nekande (fråga 1 a), se ovan punkt 78).

116. Skälen härför kommer att anges i det följande.

115. Dock gäller denna skyldighet vid närmare påseende även i förhållande till de

117. Det skall först och främst erinras om att skyldigheten till en konform tolkning utgör en av de "strukturella" effekter av gemenskapsrätten som tillsammans med det mer "ingripande" instrumentet direkt effekt gör det möjligt att anpassa den nationella rätten till innehållet i och målen för gemenskapsrätten. På grund just av skyldighetens ovan nämnda karaktär föreligger den med avseende på alla gemenskapens rättskällor, vare sig det rör sig om primärrätt<sup>41</sup> eller sekundärrätt<sup>42</sup>, eller om rättsakter med bindande<sup>43</sup> eller icke bindande<sup>44</sup> rättsverkningar. Domstolen har nämligen till och med i fråga om rekommendationerna fastställt att "de nationella domstolarna är

38 — Se dom av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer (REG 2004, s. I-8835), punkterna 113, 115, 116 och 118.

39 — Se särskilt dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), punkt 8, domen i det ovannämnda målet Faccini Dori, punkt 26, domen i det ovannämnda målet Inter-Environnement Wallonie, punkt 40, och dom av den 25 februari 1999 i mål C-131/97, Carbonari m.fl. (REG 1999, s. I-1103), punkt 48.

40 — För ett liknande resonemang se dom av den 8 oktober 1987 i mål 80/86, Kolpinghuis Nijmegen (REG 1987, s. 3969; svensk specialutgåva, volym 9, s. 213), punkterna 15 och 16.

41 — Se dom av den 4 februari 1988 i mål 157/86, Murphy (REG 1988, s. 673; svensk specialutgåva, volym 9, s. 349), punkt 11.

42 — Se domarna i de ovan i fotnoterna 34–35 nämnda målen.

43 — Se domarna i de ovan i fotnoterna 34–35 nämnda målen.

44 — Se dom av den 13 december 1989 i mål 322/88, Grimaldi (REG 1989, s. 4407; svensk specialutgåva, volym 10, s. 287), punkt 18. Min kursivering.

skyldiga att vid lösande av tvister ta hänsyn till [dem]”.<sup>45</sup>

118. Det är då uppenbart att en sådan skyldighet föreligger även i förhållande till direktiv beträffande vilka fristen för införlivande ännu inte har löpt ut, eftersom de tillhör gemenskapens rättskällor och inte endast har rättsverkningar efter utgången av denna frist, utan redan från den tidpunkt då de träder i kraft, det vill säga, enligt artikel 254 EG, den dag som anges i dessa rättsakter eller, i annat fall, den tjugonde dagen efter offentliggörandet.

119. Stöd för detta återfinns dessutom i domstolens ovannämnda rättspraxis (se ovan punkterna 104 och 110). Enligt denna rättspraxis gäller att "[ä]ven om medlemsstaterna inte är skyldiga att besluta [om] åtgärder[na] [för genomförande av ett direktiv] före införlivandefristens utgång" följer det av artikel 10 andra stycket EG jämförd med artikel 249 tredje stycket EG att "de [under denna tid] måste avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet".

120. Denna skyldighet att avstå från att vidta åtgärder gäller, i likhet med den faktiska

skyldigheten att vidta samtliga åtgärder som är nödvändiga för att genomföra det i direktivet eftersträvade resultatet, ovillkorligen *alla organ i medlemsstaterna*, däri — inom ramen för deras behörighet — inbegripet de nationella domstolarna. Härav följer således att så länge fristen inte har löpt ut skall även dessa domstolar vid utövandet av sina behörigheter göra allt som är möjligt för att hindra att det resultat som avses i direktivet äventyras. De skall med andra ord på samma sätt ge företräde för den tolkning av den nationella rätten som ligger närmast direktivets ordalydelse och syfte.

121. Mot bakgrund härav anser jag i förevarande fall att Arbeitsgericht i målet mellan Werner Mangold och advokaten Helm inte till förfång för den sistnämnde kan underlåta att tillämpa 14 § tredje stycket TzBfG, i dess lydelse enligt Hartz-lagen, på grund av att denna bestämmelse är oförenlig med det förbud mot diskriminering på grund av ålder som föreskrivs i artikel 6 i direktiv 2000/78. Även om fristen för införlivande av detta direktiv ännu inte har löpt ut skall den nationella domstolen beakta samtliga bestämmelser i den nationella rätten, inbegripet bestämmelser med konstitutionell status, i vilka detta förbud föreskrivs, för att där så är möjligt uppnå ett resultat som är konformt med det som avses i direktivet.

<sup>45</sup> — Domen i det ovannämnda målet Inter-Environnement Wallonie, punkt 45.

122. Av de skäl som anförts ovan anser jag således att en nationell domstol, vid vilken ett mål har anhängiggjorts där parterna enbart består av enskilda fysiska och juridiska personer inte, till förfång för dessa, kan underlåta att tillämpa bestämmelser i nationell rätt som strider mot ett direktiv. Enligt de skyldigheter som följer av artikel 10 andra

stycket EG och artikel 249 tredje stycket EG är den nationella domstolen skyldig att, i den utsträckning det är möjligt, tolka dessa bestämmelser mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte, så att det resultat som avses i direktivet uppnås. Detta gäller även med avseende på direktiv beträffande vilka fristen för införlivande ännu inte har löpt ut.

#### IV — Förslag till avgörande

Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall svara Arbeitsgericht München enligt följande:

- 1 a) Klausul 8.3 i rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP utgör inte hinder för en nationell bestämmelse, såsom 14 § tredje stycket i lagen om deltids- och visstidsanställningar av den 21 december 2000 (TzBfG), i dess lydelse enligt lagen om moderna tjänster på arbetsmarknaden av den 23 december 2002 (den så kallade Hartz-lagen), genom vilken — på grunder som motiveras av det berättigade målet att främja sysselsättningen som är oberoende av införlivandet av direktiv 1999/70 — åldern över vilken avtal om visstidsanställning kan ingås utan begränsningar har sänkts från 58 till 52 år.

- b) Domstolen saknar behörighet att meddela ett förhandsavgörande avseende frågan 1b).
- 2) Artikel 6 i rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet och, mer allmänt, den allmänna icke-diskrimineringsprincipen utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom 14 § tredje stycket TzBfG, i dess lydelse enligt Hartz-lagen, som innebär att avtal om visstidsanställning kan ingås utan begränsningar med personer som har fyllt 52 år.
- 3) En nationell domstol vid vilken ett mål har anhängiggjorts där parterna enbart består av enskilda fysiska och juridiska personer kan inte, till förfång för dessa, underlåta att tillämpa bestämmelser i nationell rätt som strider mot ett direktiv.

Enligt de skyldigheter som följer av artikel 10 andra stycket EG och artikel 249 tredje stycket EG är den nationella domstolen skyldig att, i den utsträckning det är möjligt, tolka dessa bestämmelser mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte, så att det resultat som avses i direktivet uppnås. Detta gäller även med avseende på direktiv beträffande vilka fristen för införlivande ännu inte har löpt ut.