



# Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
M. BOBEK  
fremsat den 25. juli 2018<sup>1</sup>

**Sag C-193/17**

**Cresco Investigation GmbH  
mod  
Markus Achatzi**

(anmodning om præjudiciel afgørelse fra Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig))

»Anmodning om præjudiciel afgørelse – ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv – national lovgivning, der giver bestemte rettigheder til en begrænset gruppe af arbejdstagere – sammenlignelighed – direkte forskelsbehandling på grund af religion – begrundelse – positiv særbehandling og særforanstaltninger – horisontal anvendelse af chartret om grundlæggende rettigheder – horisontal direkte virkning af chartret om grundlæggende rettigheder – arbejdsgiveres og nationale dommers forpligtelser i forbindelse med sager, hvor national ret er uforenelig med artikel 21, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78/EF«

## I. Indledning

1. I henhold til østrigsk ret er langfredag kun en (betalt) helligdag for medlemmer af fire kirker. Hvis medlemmer af disse kirker imidlertid alligevel arbejder den dag, er de faktisk berettiget til at modtage en godtgørelse svarende til dobbelt betaling. Markus Achatzi (herefter »sagsøgeren«) er ansat af Cresco Investigation GmbH (herefter »sagsøgte«). Sagsøgeren er ikke medlem af nogen af de fire kirker. Som konsekvens heraf modtog han ikke en betalt helligdag eller dobbelt betaling fra sagsøgte for at arbejde på langfredag i 2015.

2. Sagsøgeren anlagde sag mod sagsøgte med påstand om betaling af den ekstra betaling, som han fandt sig berettiget til for at arbejde langfredag, idet han gjorde gældende, at den nationale bestemmelse var udtryk for en forskelsbehandling på grund af religion og anskuelse med hensyn til arbejdsbetingelser og løn. Det er i denne sammenhæng, at Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig) nærmere bestemt ønsker oplyst, hvorvidt den i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelse i lyset af EU-retten er udtryk for en forskelsbehandling, og i bekræftende fald, hvad konsekvensen af en sådan afgørelse ville være, for perioden indtil den nationale lovgiver har vedtaget en ny ordning, der ikke er udtryk for forskelsbehandling: Skal alle ansatte have fordel af retten til en feriedag langfredag og ekstra betaling (betalt af arbejdsgiveren), eller skal ingen af dem modtage en sådan ydelse?

<sup>1</sup> – Originalsprog: engelsk.

3. Den forelæggende ret henviser i sine spørgsmål til chartrets artikel 21, sammenholdt med direktiv 2000/78/EF<sup>2</sup>. En vis de facto-paralleletet i indhold og anvendelse af en bestemmelse i chartret og den relevante del af den afledte ret, som er udtryk for bestemmelsen i chartret, er bestemt ikke noget nyt i Domstolens praksis. I forhold til spørgsmålet om abstrakt forenelighed af en bestemmelse i national ret med chartret og et EU-direktiv<sup>3</sup> er spørgsmålet om, hvad det præcist er, der finder anvendelse i den forelæggende sag, muligvis af underordnet betydning. I den forelæggende sag bliver Domstolen imidlertid opfordret til at være specifik i forhold til konsekvenserne af en sådan uforenelighed i en særlig (horisontal) type af retlige forhold, hvilket forudsætter, at Domstolen præcist angiver, hvad en sådan national regel er uforenelig med i netop en sådan type af forhold.

## II. Retsforskrifter

### A. EU-retten

#### 1. Chartret om grundlæggende rettigheder

4. Artikel 21, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) har følgende ordlyd: »Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.«

5. Chartrets artikel 52, stk. 1, bestemmer følgende: »Enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.«

#### 2. Direktiv 2000/78

6. Artikel 1, 2 og 7 i direktiv 2000/78 har følgende ordlyd:

»Artikel 1

Formål

Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

Artikel 2

Begrebet forskelsbehandling

1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.

2 – Rådets direktiv af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT 2000, L 303, s. 16).

3 – Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt en bestemmelse i national ret med de og de egenskaber generelt og grundlæggende uanset karakteren af de retlige forhold, som den har fundet anvendelse på, på nationalt plan, er uforenelig med EU-retten – jf. for nylig f.eks. dom af 19.7.2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566).

## 2. I henhold til stk. 1

- a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet
- b) foreligger der indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en bestemt religion eller tro, et bestemt handicap, personer, som tilhører en bestemt aldersgruppe, eller personer med en bestemt seksuel orientering særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre

[...]

5. Dette direktiv berører ikke foranstaltninger fastsat ved national lovgivning, som i et demokratisk samfund er nødvendige af hensyn til den offentlige sikkerhed, den offentlige orden, for at forebygge forbrydelse, for at beskytte sundheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.

[...]

## Artikel 7

### Positiv særbehandling og særforanstaltninger

1. For at sikre fuld ligestilling i arbejdslivet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager særforanstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde.

[...]«

## B. National ret

7. § 7, stk. 2, i Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz), BGBl. Nr. 144/1983 af 3. februar 1983, som ændret (lov om hviletid), opremser 13 helligdage, som gælder for alle arbejdstagere. § 7, stk. 3, bestemmer, at langfredag også er en helligdag for medlemmer af protestantiske kirker med augsburgsk eller schweizisk trosbekendelse, den gammelkatolske kirke og den protestantisk-metodistiske kirke.

8. § 9 i lov om hviletid bestemmer i det væsentlige, at en arbejdstager, som ikke arbejder på en helligdag, stadig bevarer sit krav på vederlag for denne dag (§ 9, stk. 1), og at han, såfremt han arbejder, har krav på dobbelt løn (§ 9, stk. 5).

## III. Sagens faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

9. Enhver, som arbejder på en hvilken som helst af de 13 betalte helligdage i Østrig, modtager ud over sit normale vederlag en yderligere betaling af samme størrelse (herefter »godtgørelsen«), hvilket i praksis betyder, at vedkommende modtager dobbelt vederlag for at arbejde disse dage. Siden langfredag kun er en helligdag for medlemmer af de fire kirker, er det imidlertid kun disse medlemmer, der har krav på helligdagsbetaling på langfredag eller har krav på godtgørelse ud over deres normale vederlag, hvis de vælger at arbejde på den dag.

10. Sagsøgeren er ansat hos sagsøgte. Han er ikke medlem af nogen af de fire kirker. Som konsekvens heraf fik han ikke en betalt helligdag eller godtgørelse fra sagsøgte for at arbejde på langfredag, den 3. april 2015.

11. Sagsøgeren har anlagt sag med påstand om betaling af 109,09 EUR med tillæg af renter. Lovbestemmelsen, som fastsætter langfredag som en helligdag alene for medlemmer af de fire kirker, kombineret med godtgørelse for det tilfælde, at de faktisk arbejder den pågældende dag, giver efter sagsøgerens opfattelse anledning til forskelsbehandling på grund af religion og anskuelse med hensyn til arbejdsvilkår og løn.

12. Sagsøgte har bestridt dette udsagn og har nedlagt påstand om frifindelse og om, at sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne. Sagsøgte har gjort gældende, at der ikke er tale om forskelsbehandling.

13. Retten i første instans frifandt sagsøgte, idet den lagde til grund, at langfredagsordningen udgør en sagligt begrundet forskelsbehandling af forskellige situationer.

14. Appeldomstolen tog sagsøgerens appel til følge og ændrede førsteinstansens dom således, at sagsøgerens påstand blev taget til følge. Retten lagde til grund, at de nationale regler, som fastsætter forskelsbehandlingen i forbindelse med langfredag, udgør en tilsidesættelse af chartrets artikel 21, som har direkte virkning. Retten fandt, at der forelå direkte forskelsbehandling af de berørte arbejdstagere på grund af religion, som ikke var begrundet. Langfredag som helligdag måtte derfor ikke begrænses til bestemte grupper af arbejdstagere, hvorfor også sagsøgeren, som havde arbejdet på langfredag, den 3. april 2015, havde ret til godtgørelse.

15. Oberster Gerichtshof (øverste domstol) skal nu tage stilling til den revisionsanke, som sagsøgte har iværksat til prøvelse af appelafgørelsen, og hvorved sagsøgte har nedlagt påstand om stadfæstelse af førsteinstansdommen, hvor sagsøgte blev frifundet. Den nævnte domstol har besluttet at udsætte sagen og forelægge følgende spørgsmål for Domstolen til præjudiciel afgørelse:

- »1) Skal EU-retten, navnlig artikel 21 i chartret om grundlæggende rettigheder, sammenholdt med artikel 1 og [artikel] 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78/EF, fortolkes således, at den i en retssag mellem en arbejdstager og en arbejdsgiver i forbindelse med et privat ansættelsesforhold er til hinder for en national ordning, hvorefter langfredag kun for medlemmer af de protestantiske kirker med augsburgsk eller schweizisk trosbekendelse, den gammelkatolske kirke og den protestantisk-metodistiske kirke er en helligdag med en uafbrudt hviletid på mindst 24 timer, og hvor arbejdstageren[, hvis han er medlem af disse kirker,] i tilfælde af, at han arbejder trods helligdagshvilen, foruden kravet på vederlag for det arbejde, der udgår som følge af helligdagen, også har krav på vederlag for det præsterede arbejde, hvorimod andre arbejdstagere, som ikke er medlemmer af disse kirker, ikke har denne ret?
- 2) Skal EU-retten, navnlig artikel 21 i chartret om grundlæggende rettigheder, sammenholdt med artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78/EF, fortolkes således, at den i det første spørgsmål beskrevne nationale ordning, som – i forhold til det samlede befolkningstal og flertallets tilhørsforhold til den romersk-katolske kirke – kun giver en forholdsvis lille gruppe af medlemmer af bestemte (andre) kirker rettigheder og krav, ikke berøres af dette direktiv, fordi der er tale om en foranstaltning, som i et demokratisk samfund er nødvendig for at beskytte andres rettigheder og frihedsrettigheder, navnlig retten til frihed til religionsudøvelse?
- 3) Skal EU-retten, navnlig artikel 21 i chartret om grundlæggende rettigheder, sammenholdt med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78/EF, fortolkes således, at den i det første spørgsmål beskrevne nationale ordning udgør en positiv [særbehandling og særforanstaltning] til fordel for medlemmerne af de i det første spørgsmål nævnte kirker med henblik på at sikre disses fulde ligestilling i erhvervslivet, for at forhindre eller udligne ulemper for disse medlemmer på grund af

religion, når de dermed indrømmes samme ret til religionsudøvelse i arbejdstiden på en for denne religion vigtig helligdag, som flertallet af arbejdstagerne i henhold til en anden national ordning ellers har, fordi helligdagene for den religion, som flertallet af arbejdstagerne bekender sig til, generelt er arbejdsfri?

Såfremt det bekræftes, at der foreligger en forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78/EF:

- 4) Skal EU-retten, navnlig artikel 21 i chartret om grundlæggende rettigheder, sammenholdt med artikel 1, artikel 2, stk. 2, litra a), og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78/EF, fortolkes således, at en privat arbejdsgiver, så længe lovgiver ikke har tilvejebragt en lovgivning, som ikke er udtryk for forskelsbehandling, skal indrømme alle arbejdstagere, uanset deres religiøse tilhørsforhold, de i det første spørgsmål beskrevne rettigheder og krav med hensyn til langfredag, eller skal den i det første spørgsmål nævnte nationale ordning ikke anvendes i sin helhed, således at de i det første spørgsmål beskrevne rettigheder og krav i forbindelse med langfredag ikke skal indrømmes nogen arbejdstager?»

16. Der er afgivet skriftlige indlæg for Domstolen af sagsøgeren og sagsøgte, den østrigske, den italienske og den polske regering samt af Europa-Kommissionen. Disse parter har også afgivet mundtlige indlæg i retsmødet, som blev afholdt den 10. april 2018.

#### **IV. Bedømmelse**

##### **A. Indledning**

17. Der er flere punkter i den forelæggende rets spørgsmål, der er forholdsvis ligetil. Tildelingen af en betalt feriedag langfredag alene til medlemmer af fire kirker kombineret med en godtgørelse, såfremt sådanne personer arbejder på denne dag, udgør en forskelsbehandling på grund af religion som omhandlet i chartrets artikel 21, stk. 1, og direkte forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78 (det første spørgsmål, som er stillet af den forelæggende ret, gennemgået i afsnit C nedenfor). Der synes ikke at være en gyldig begrundelse for denne forskelsbehandling (det andet spørgsmål, afsnit D). Det synes ikke muligt at anse dette for at være en »positiv særbehandling og særforanstaltning« (det tredje spørgsmål, afsnit E).

18. Efter min opfattelse er det mere komplekse forhold i denne sag, hvilke retlige konsekvenser følger af den (abstrakte) konstatering af en forskelsbehandling, som sker grundlag af et direktiv (der ikke har horisontal direkte virkning mellem private) og en bestemmelse i chartret, når der er tale om en tvist mellem private. Princippet om forrang kræver, at den nationale bestemmelse ikke anvendes. Kan det imidlertid ligeledes udledes, enten af dette princip eller af chartrets artikel 21, stk. 1, som kan have direkte virkning, at en (privatretlig) arbejdsgiver i medfør af EU-retten er forpligtet til at betale godtgørelsen til enhver, der arbejder på en langfredag, uanset deres religiøse overbevisning, i tillæg til den normale løn? Det kan det efter min opfattelse ikke. Ikke desto mindre kræver EU-retten, at arbejdstageren har adgang til et effektivt retsmiddel, hvilket kan indebære muligheden for at anlægge erstatningssøgsmål mod en medlemsstat (det fjerde spørgsmål, afsnit F nedenfor).

19. Før jeg tager fat på den forelæggende rets spørgsmål i den nævnte rækkefølge, tager jeg den problemstilling om kompetence op, som er blevet rejst af den italienske og den polske regering, i forhold til artikel 17 TEUF.



## B. Domstolens kompetence

20. I sine skriftlige og mundtlige indlæg har den polske regering gjort gældende, at ordningen i denne sag, hvorefter langfredag er en helligdag, er en ordning, som vedrører relationerne mellem de fire kirker og den østrigske stat. Som sådan er de omfattet af betegnelsen »den status, som kirker og religiøse sammenslutninger eller samfund har i medlemsstaterne i henhold til national lovgivning«, som omhandlet i artikel 17, stk. 1, TEUF. Domstolen har derfor ikke kompetence til at besvare den forelæggende rets spørgsmål. I retsmødet fremsatte den italienske regering en tilsvarende argumentation vedrørende artikel 17 TEUF. Den italienske regering gjorde gældende, at Domstolen burde besvare de forelagte spørgsmål ved at bekræfte medlemsstaternes eksklusive kompetence til at tildele bestemte religiøse grupper en helligdag eller en godtgørelse.

21. Disse argumenter bør efter min opfattelse forkastes.

22. I Egenberger-dommen fandt Domstolen, at »artikel 17 TEUF udtrykker Unionens neutralitet i forhold til medlemsstaternes organisering af deres forhold til kirker og religiøse sammenslutninger eller samfund«<sup>4</sup>. I sit forslag til afgørelse i samme sag tilføjede generaladvokat Tanchev yderligere, at kravet om neutralitet ikke indebærer, at enhver relation mellem kirke og stat fuldstændigt er afskærmet fra nogen form for prøvelse af overensstemmelsen med EU's grundlæggende rettigheder (eller EU-retten generelt) »uanset omstændighederne«<sup>5</sup>. I Egenberger-dommen bekræftede Domstolen udtrykkeligt, at »[artikel 17 TEUF] ikke ved sin karakter [kan] have den konsekvens, at overholdelsen af de kriterier, der er fastsat i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2000/78, udelukkes fra en effektiv domstolskontrol«<sup>6</sup>.

23. Mere generelt er det af generaladvokaterne i Achbita-sagen og Egenberger-sagen blevet foreslået, at artikel 17 TEUF »supplerer og specifikt gennemfører artikel 4, stk. 2, TEU«. Det kan »ikke alene [med henvisning til sidstnævnte bestemmelse] konkluderes, at visse sags- eller aktivitetsområder helt er udelukket fra direktiv 2000/78's anvendelsesområde«<sup>7</sup>.

24. På samme måde synes artikel 17, stk. 1, TEUF i dommen i sagen *Congregación de Escuelas Pías de Betania*<sup>8</sup> ikke på nogen måde at forhindre anvendelsen af Unionens statsstøtteregler på kirkers indkomst. Spørgsmålet om artikel 17, stk. 1, TEUF blev i den pågældende dom end ikke behandlet af Domstolen<sup>9</sup>, selv om sagen med hensyn til realiteten fra en bestemt synsvinkel kunne udlægges som vedrørende de finansielle relationer mellem kirke og stat, eller som havende væsentlig betydning for kirkers økonomiske forhold.

25. Det billede, som tegner sig af denne retspraksis, fremstår ret klart: Artikel 17, stk. 1, TEUF bekræfter EU-retten neutralitet vedrørende kirkers status, og kræver, at EU-retten ikke anfægter denne status. Som jeg forstår det, erklærer Den Europæiske Union sig fuldstændigt neutral, endog agnostisk, med hensyn til medlemsstaters statskirkeordninger i snæver forstand: f.eks. hvorvidt en medlemsstat definerer sig selv som religiøst fuldstændigt neutral, eller hvorvidt en medlemsstat rent faktisk har en statskirke. En sådan tilkendegivelse om neutralitet er en væsentlig *principerklæring*. Ud over denne snævrere forståelse kan den også tjene som *fortolkningsredskab* med tværgående anvendelse, på samme måde som det rent faktisk gælder andre værdier og interesser, der indgår i EUF-traktatens afsnit II (som bærer overskriften »Almindelige bestemmelser«), inden for andre områder af EU-retten: Alt andet lige bør en fortolkning af EU-retten, som sikrer de værdier og interesser, der er afspejlet i disse bestemmelser, bedst muligt foretrækkes.

4 – Jf. dom af 17.4.2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 58).

5 – Generaladvokat Tanchevs forslag til afgørelse Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, punkt 93; jf. også punkt 88).

6 – Jf. dom af 17.4.2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 58).

7 – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, punkt 32), og generaladvokat Tanchevs forslag til afgørelse Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, punkt 95).

8 – Jf. dom af 27.6.2017 (C-74/16, EU:C:2017:496).

9 – Jf. dog generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i den pågældende sag (C-74/16, EU:C:2017:135, punkt 29-33).

26. Ud over disse to dimensioner kan artikel 17, stk. 1, TEUF efter min opfattelse imidlertid ikke forstås som havende den konsekvens, at *enhver* national regel, der vedrører statens forhold til kirken eller kirkens status, er undtaget fra EU-rettens anvendelsesområde. På samme måde som skattefritagelser ikke er undtaget fra de EU-retlige bestemmelser om statsstøtte alene af den grund, at de vedrører en kirke, er vin ikke undtaget fra traktatens regler om fri bevægelighed for varer alene af den grund, at den er altervin, som skal anvendes til liturgiske formål. Ganske enkelt kan udtrykket »respekterer [...] den status« ikke læses som »gruppefritagelse« for ethvert spørgsmål, som vedrører en kirke eller et religionssamfund.

27. Jeg kan derfor ikke se, hvordan en ordning, som pålægger alle arbejdsgivere (uanset tro eller mangel herpå) en forpligtelse til at tildele en betalt helligdag til arbejdstagere, som er medlem af de fire kirker (eller godtgørelse til de medlemmer, der arbejder på den dag), alene i kraft af artikel 17, stk. 1, TEUF, skulle være fuldstændig afskærmet fra domstolsprøvelse i forhold til chartret eller direktiv 2000/78.

28. Denne forståelse af artikel 17, stk. 1, TEUF underbygges yderligere af den omstændighed, at artikel 17, stk. 2, TEUF giver en analog garanti om neutralitet i relation til filosofiske og konfessionsløse organisationer. Eftersom Den Europæiske Union i artikel 17, stk. 2, TEUF forpligter sig til »ligeledes at respektere« sådanne organisationers status, vil enhver »undtagelse«, som teoretisk kunne gives til kirker eller religiøse organisationer, straks finde anvendelse på filosofiske organisationer (som i det store og hele er udefinerede og underlagt medlemsstaternes lovgivninger). Artikel 17, stk. 2, TEUF understreger således yderligere den omstændighed, at hensigten tydeligvis ikke kunne have været at undtage alle transaktioner, enten direkte eller indirekte, mellem medlemsstater og sådanne organisationer fra EU-rettens anvendelsesområde.

29. I lyset af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen forkaster argumenterne fra den italienske og den polske regering om, at Domstolen enten ikke er kompetent til at besvare de forelagte spørgsmål, eller at sagens genstand ikke er omfattet af Den Europæiske Unions kompetence.

### **C. Det første spørgsmål**

30. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt chartrets artikel 21, stk. 1, og artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78 er til hinder for en bestemmelse i national ret, som alene tildeler en betalt helligdag langfredag til medlemmer af de fire kirker og en godtgørelse i det tilfælde, at et medlem arbejder den pågældende dag.

31. Jeg er af den opfattelse, at en sådan bestemmelse udgør en forskelsbehandling som omhandlet i de nævnte bestemmelser.

32. Generelt foreligger der direkte forskelsbehandling, hvor en person i) behandles ringere, ii) end en anden person i tilsvarende situation, iii) på grundlag af en beskyttet grund i dette tilfælde religion), iv) uden nogen mulig objektiv begrundelse for en sådan forskel i behandlingen<sup>10</sup>.

33. Spørgsmålet om mulige objektive begrundelser under iv) er omhandlet i den forelæggende rets andet spørgsmål (afsnit D nedenfor).

10 – Jf. for nylig og generelt f.eks. dom af 5.7.2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, præmis 29-31), og af 12.12.2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, præmis 31), med den naturlige forskel, at i forhold til chartret skal enhver begrundelse være i overensstemmelse med chartrets artikel 52, stk. 1, hvorimod det i forhold til direktiv 2000/78 er artikel 2, stk. 5, som begrundelsen skal være i overensstemmelse med.

34. For så vidt angår i) og iii) er det efter min opfattelse klart, at der i denne sag er tale om en ringere behandling på grundlag af religion. Den ringere behandling består i, at arbejdstagere, som ikke er medlem af de fire kirker, modtager normal eller »en enkelt« betaling for at arbejde langfredag, mens medlemmer af de fire kirker i praksis modtager dobbelt betaling. Selv om sagsøgeren ikke har gjort det gældende i denne sag, vil nægtelse af betaling af en betalt feriedag for langfredag til enhver, der ikke er medlem af en af de fire kirker, ligeledes udgøre en ringere behandling på grundlag af religion<sup>11</sup>.

35. Det sidste element i bedømmelsen af forskelsbehandlingen, som er sammenligneligheden, er det mere komplekse spørgsmål i denne sag. Det kræver en dobbelt afklaring. For det første, hvem det er der skal sammenlignes: enkeltpersoner eller grupper af personer (under punkt 2)? For det andet, hvad er da de relevante karakteristika for sammenligningen? På hvilket abstraktionsniveau bør sammenligningen udføres (under punkt 3)?

36. Før jeg gennemgår disse punkter i dybden, er det nødvendigt med nogle indledende præciseringer om parametrene for bedømmelsen (under punkt 1).

### ***1. Bedømmelsens parametre: prøvelsens karakter, retsgrundlaget og den nøjagtige karakter af den pågældende ydelse***

37. For det første har den forelæggende rets første og fjerde spørgsmål to lag. Første lag vedrører den *abstrakte* bedømmelse af foreneligheden, hvorved den forelæggende ret anmoder om en prøvelse af foreneligheden af en bestemmelse i national ret med chartrets artikel 21, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78. Det andet lag, som den forelæggende ret hentyder til i det første spørgsmål og formulerer tydeligt i sit fjerde spørgsmål, er den omstændighed, at hovedsagen vedrører en retssag mellem private parter. Hvad vil i denne type af forhold være den *reelle* konsekvens af, at det fastslås, at den i forelæggelsesafgørelsen omhandlede nationale lovgivning er uforenelig med EU-retten?

38. I dette forslag til afgørelse vil jeg behandle disse to lag særskilt. Den omstændighed, at de reelt er indbyrdes forbundet, har været årsag til en vis forvirring under den foreliggende sags behandling, både i forhold til spørgsmålet om retsmidler og diskussionen om sammenligneligheden. Af denne årsag er mit forslag til besvarelse af den forelæggende rets første spørgsmål, som er indeholdt i dette afsnit, generelt og beskæftiger sig kun med en (abstrakt) prøvelse af spørgsmålet om bestemmelsernes forenelighed. Konsekvenserne af, at dette muligvis fastslås, i forhold til den konkrete, individuelle sag, diskuteres i forbindelse med det fjerde spørgsmål (afsnit F).

39. For det andet er spørgsmålet om retsgrundlaget forbundet med det foregående punkt. Når Domstolen tidligere er blevet anmodet om at tage stilling til, om chartrets artikel 21, stk. 1, og artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78 er til hinder for en bestemmelse i national ret, har den vurderet den materielle forenelighed med den pågældende bestemmelse i direktivet og reelt udvidet den samme analyse til også at finde anvendelse på chartrets artikel 21, stk. 1<sup>12</sup>. Faktisk finder begge EU-retlige kilder klart anvendelse i forbindelse med den abstrakte bedømmelse af spørgsmålet om foreneligheden<sup>13</sup>. Af disse grunde vil begge blive taget i betragtning parallelt ved besvarelsen af den forelæggende rets første, andet og tredje spørgsmål. Omvendt bliver situationen noget mere kompleks i forbindelse med besvarelsen af det fjerde spørgsmål.

11 – Jeg behandler sondringen mellem disse to fordele nærmere i punkt 40 og 44 og punkt 82-86 nedenfor.

12 – Jf. for nylig f.eks. dom af 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, præmis 16-18 og 47).

13 – Jf. nærmere herom mit forslag til afgørelse Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:235, punkt 20-36).



40. For det tredje skal undersøgelsen af forskelsbehandlingen foretages »i forhold til den pågældende ydelse«<sup>14</sup>. I den foreliggende sag er forskellige »ydelse« tildelt medlemmer af de fire kirker (og nægtet dem, der ikke tilhører den gruppe), særligt a) en betalt feriedag og b) en godtgørelse for det tilfælde, at et medlem arbejder den pågældende dag.

41. For at kunne afgøre denne sag er det efter min opfattelse kun nødvendigt at fokusere specifikt på den hævdede diskriminerende karakter af godtgørelsen. Det følger nemlig af beskrivelsen af de faktiske omstændigheder i anmodningen om præjudiciel afgørelse, at sagsøgte i hovedsagen *ikke har nedlagt påstand om at blive tildelt en helligdag på langfredag* ved de nationale domstole. Derimod har han nedlagt påstand om betaling af *godtgørelsen* for at have arbejdet den pågældende dag.

42. Således er den ringere behandling<sup>15</sup>, der klages over, og i forhold til hvilken undersøgelsen af forskelsbehandling skal foretages, specifikt den manglende betaling af godtgørelsen. Det er også i denne forstand, at jeg læser den forelæggende rets første spørgsmål, som specifikt henviser til både § 7, stk. 3, og § 9, stk. 5, i lov om hviletid (som fastsætter dobbelt vederlag for de medarbejdere, der arbejder på en helligdag), og ikke til § 7, stk. 3, og § 9, stk. 1, i lov om hviletid (som fastsætter krav på vederlag til den, der ikke arbejder på en helligdag).

43. Jeg er helt klar over, at alle disse bestemmelser er forbundne i national ret. Når først en dag er blevet udpeget til helligdag i henhold til national ret, finder hele ordningen for helligdage anvendelse, herunder såvel retten til vederlag for den pågældende dag, hvis man ikke arbejder, som retten til dobbelt vederlag, hvis man arbejder den pågældende dag (godtgørelsen). Imidlertid er dette netop en del af problemet: Hvis bestemte ydelser eller rettigheder er bundtet sammen ved anvendelsen af den nationale lovgivning med den samme begrundelse, bliver det temmelig svært at adskille dem senere og se bort fra samtlige de konsekvenser, som national ret har tillagt deres anvendelse.

44. Ikke desto mindre vil jeg for fuldstændighedens skyld vende tilbage til spørgsmålet om en betalt helligdag i slutningen af dette afsnit<sup>16</sup>.

## **2. Hvem skal sammenlignes: individer eller grupper?**

45. Sagsøgeren, sagsøgte, den østrigske regering og Kommissionen har alle gjort gældende, at de samme grupper skal sammenlignes, dvs. i) medlemmer af de fire kirker, og ii) sagsøgeren *som en person, der ikke er medlem af nogen af de fire kirker*.

46. Ud over denne basale enighed er der imidlertid dukket mange forskelle frem. Særligt er der blevet udtrykt forskellige holdninger til, hvorvidt det skal være sagsøgeren som enkeltperson eller sagsøgeren som repræsentant for en gruppe, der bør sammenlignes.

47. I sine skriftlige indlæg har Kommissionen først sammenlignet sagsøgeren med medlemmer af de fire kirker. Herefter har Kommissionen sammenlignet teoretiske grupper af andre arbejdstagere i Østrig med medlemmer af de fire kirker og gjort gældende, at det tilkommer de nationale domstole at vurdere, hvorvidt den nationale lovgivning giver anledning til forskelsbehandling i disse tilfælde. Andre parter har ligeledes udvidet sammenligningen til at omfatte andre end sagsøgeren. Eksempelvis har sagsøgte sammenlignet medlemmer af de fire kirker med »flertallet« af arbejdstagere, som er i stand til at udøve deres religion (hvis de har en sådan) inden for de helligdage, der allerede er tildelt.

14 – Jf. dom af 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, præmis 25). Jf. ligeledes dom af 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, præmis 32).

15 – I relation til skridt (i) ved anvendelsen af de kriterier for forskelsbehandling, der er nævnt punkt 32 ovenfor.

16 – Jf. punkt 82-86 nedenfor.

48. Kommissionen har desuden gjort gældende, at tildelingen af en betalt helligdag til medlemmer af de fire kirker *ikke* udgjorde forskelsbehandling i relation til *sagsøgeren*, som Kommissionen antog var ateist. Ud over en tilkendegivelse af, at sagsøgeren ikke var medlem af nogen af de fire kirker, er hans religiøse overbevisning rent faktisk ikke udtrykkeligt blevet bekræftet for Domstolen.

49. Kommissionens argumentation fremhæver en interessant pointe. Kommissionen forvilder sig væk fra en bedømmelse af, hvorvidt de nationale foranstaltninger, der er omhandlet i forelæggelsesafgørelsen, er forenelige med EU-retten, og forholder sig til sagsøgerens specifikke sag. Herved bidrager Kommissionen til at understrege den tidligere foreslåede pointe<sup>17</sup>: Spørgsmålet om, hvorvidt EU-retten er til hinder for en bestemmelse, som fører til forskelsbehandling (som er emnet for den forelæggende rets første spørgsmål, og som er underlagt en generel, abstrakt prøvelse af spørgsmålet om foreneligheden), er det bedst at holde adskilt fra spørgsmålet om konsekvenserne af en sådan lovgivningsmæssig forskelsbehandling i den individuelle sag (som er genstanden for det fjerde spørgsmål)<sup>18</sup>.

50. Denne tankegang finder systemisk støtte i sager, hvor Domstolen er blevet bedt om at bedømme tilfælde af forskelsbehandling, der følger af lovgivning. Domstolens praksis sonder mellem »forskelsbehandling, som umiddelbart skyldes lovbestemmelser eller kollektive arbejdsoverenskomster«, og forskelsbehandling foretaget af en arbejdsgiver »i samme private eller offentlige virksomhed eller tjeneste«. Med andre ord forskelsbehandling, som på den ene side skyldes *lovgiver* og på den anden side *arbejdsgiver*<sup>19</sup>.

51. I den foreliggende sag følger den hævdede forskelsbehandling af *lovbestemmelser*, og Domstolen er blevet bedt om at vurdere foreneligheden af sådanne bestemmelser med EU-retten. I denne situation anvender Domstolen ved den sammenligning, som den foretager, de grupper, der er defineret i lovgivningen. Den omstændighed, at den enkelte sagsøger er omfattet af en sådan gruppe, er selvfølgelig relevant for identificeringen af én af de grupper, som skal sammenlignes. En sådan sagsøgers individuelle situation kan også illustrere, hvordan de generelle regler fungerer i praksis vurderet i forhold til de enkelte sager. Det står imidlertid fast, at det, der skal sammenlignes i en abstrakt bedømmelse i en sag om forskelsbehandling, der følger af lovgivning, og hvad der danner rammen for vurderingen af sammenligneligheden, er grupper af personer, ikke individer.

52. Dette var f.eks. tilfældet i Mangold-dommen og Küçükdeveci-dommen om forskelsbehandling på grund af alder<sup>20</sup>. Sagsøgerne i disse sager gjorde gældende, at de var blevet forskelsbehandlet på grund af deres alder. National arbejdsret tildelte personer *i deres aldersgrupper* en ringere beskyttelse end personer *i andre aldersgrupper*. Deres arbejdsgivere havde anvendt disse lavere standarder på sagsøgerne. Domstolen fandt, at en sådan *national lovgivning* var udtryk for en forskelsbehandling og var uforenelig med EU-retten. I sin bedømmelse foretog Domstolen ikke en sammenligning af den enkelte sagsøgers situation i forhold til deres kollegers. Der foretoges i praksis nærmere en sammenligning af behandlingen af den mindre gunstigt stillede aldersgruppe og den mere gunstigt stillede aldersgruppe (med andre ord grupper, som blev abstrakt defineret i den omtvistede lovgivning)<sup>21</sup>.

17 – Jf. punkt 37 og 38 ovenfor.

18 – Jf. i denne henseende Feryn-dommen, hvor forskelsbehandlingen bestod i en arbejdsgivers ansættelsespolitik i forhold til immigranter, og hvor det blev fundet *unødvendigt at identificere en klager* for at kunne konstatere forskelsbehandling (dom af 10.7.2008, C-54/07, EU:C:2008:397, præmis 40).

19 – Jf. f.eks. dom af 8.4.1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, præmis 40), og af 17.9.2002, Lawrence m.fl. (C-320/00, EU:C:2002:498, præmis 17).

20 – Jf. dom af 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), og af 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

21 – I både Mangold-sagen og Küçükdeveci-sagen (og i den foreliggende sag) var sagsøgeren medlem af den mindre begunstigede gruppe. For en lignende tilgang, men med mindre sikkerhed for, hvorvidt den omhandlede foranstaltning rent faktisk (kun) var til fordel eller (kun) til ulempe for en given gruppe, jf. dom af 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

53. Domstolens tilgang i sådanne sager fremhæver den omstændighed, at den retlige bedømmelse tydeligvis har karakter af at være en abstrakt, generel *prøvelse af foreneligheden* af national ret med EU-retten, nærmere end en undersøgelse af den forskelsbehandling, som specifikt er foretaget af den enkelte sagsøgte arbejdsgiver i forhold til sagsøgeren og hans kolleger<sup>22</sup>.

54. Efter min opfattelse er det væsentligt at holde sig disse pointer for øje i denne sag. Dette skyldes, ud over spørgsmålet om forenelighed, at den forelæggende ret med sit fjerde spørgsmål specifikt ønsker oplyst, hvorledes forskelsbehandling konkret og praktisk set skal afhjælpes. Dette spørgsmål vil bringe problemstillingen omkring »kilden« til forskelsbehandlingen såvel som den enhed, der er »ansvarlig for forskelsbehandlingen, og som kan genoprette ligebehandlingen«<sup>23</sup>, i centrum.

### **3. Hvilke grupper: de egenskaber, der lægges til grund for sammenligningen?**

55. Som nævnt forholdt de fleste af de interesserede parter, der har afgivet indlæg, sig til, hvorvidt sagsøgeren var i en lignende situation som medlemmerne af de fire kirker. Imidlertid blev denne sammenligning foretaget med henvisning til forskellige egenskaber ud fra forskellige sammenligningsgrundlag. Denne sontring skaber så igen en række forskellige sæt af sammenlignelige grupper.

56. Generelt har parterne foreslået tre alternativer afhængigt af det valgte abstraktionsniveau:

- i) Arbejdstagere, for hvem langfredag er den vigtigste af årets religiøse højtider (det »snævre sammenligningsgrundlag«, i det væsentlige den østrigske regerings og sagsøgtes holdning). Ved anvendelse af dette snævre sammenligningsgrundlag og på basis af sagsøgtens indlæg i retsmødet ville han ikke være i en situation, som var sammenlignelig med medlemmerne af de fire kirker. Dette ville udelukke enhver sammenlignelighed og betyde, at der ikke er tale om forskelsbehandling.
- ii) Arbejdstagere, for hvem der findes en »særligt speciel« (religiøs) højtid, som ikke falder sammen med andre helligdage, der allerede er anerkendt i henhold til national ret (det »mellemliggende sammenligningsgrundlag«, i det væsentlige Kommissionens holdning). På basis af dette sammenligningsgrundlag er det uklart, hvorvidt sagsøgeren ville være i en situation, som var sammenlignelig med medlemmerne i de fire kirker, da hans religiøse overbevisning er ukendt. Dette ville i sidste ende være et realitetsspørgsmål ved den nationale ret.
- iii) Arbejdstagere, som arbejder langfredag, og som udskilles i forhold til andre arbejdstagere på grundlag af religion i forhold til vederlaget for den dag (det »brede sammenligningsgrundlag«, i det væsentligste sagsøgerens holdning i denne sag). På basis af dette sammenligningsgrundlag ville sagsøgeren være i en situation, der var sammenlignelig med medlemmer af de fire kirker, som var på arbejde langfredag. Dette ville i princippet indebære, at der er tale om forskelsbehandling.

57. Inden jeg behandler spørgsmålet om det hensigtsmæssige sammenligningsgrundlag i den foreliggende sag, bør et bredere spørgsmål tages op. I sine skriftlige spørgsmål til parterne i sagen spurgte Domstolen, hvorvidt det principielt var muligt at afvise sammenlignelighed med udtrykkelig henvisning til en af de formodningsgrunde, som specifikt opregnes i chartrets artikel 21, stk. 1, og i artikel 1 i direktiv 2000/78 (i dette tilfælde religion).

22 – Dette står i modsætning til tilgangen i sager, hvor forskelsbehandlingen hidrører fra arbejdsgiveren, og i mange tilfælde er det nødvendigt at identificere specifikke grupper af kolleger, som bliver begunstiget, for overhovedet at kunne foretage en sammenligning. Jf. f.eks. dom af 17.9.2002, Lawrence m.fl. (C-320/00, EU:C:2002:498), og af 13.1.2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18).

23 – Dom af 17.9.2002, Lawrence m.fl. (C-320/00, EU:C:2002:498, præmis 17 og 18), og af 13.1.2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, præmis 45 og 46). Denne sontring har klar betydning i forhold til spørgsmålet om tilgængelige retsmidler, som gennemgås i detaljer i punkt 172-196.

58. I sager, som omhandler ulige behandling, der direkte er forbundet med en formodningsgrund i sig selv, har Domstolen konsekvent antaget, at der er tale om forskelsbehandling<sup>24</sup>. Hvis de overhovedet tages i betragtning, gør Domstolen normalt kort proces med argumenter om manglende sammenlignelighed i sådanne sammenhænge<sup>25</sup>.

59. Imidlertid er det min opfattelse, at det på abstrakt plan ikke er muligt at bekræfte, at forskellig behandling, baseret på en formodningsgrund, *i alle tilfælde* er lig med direkte forskelsbehandling<sup>26</sup>. Muligheden for, at en formodningsgrund i sig selv kan tjene til at afvise sammenlignelighed, kan ikke fuldstændigt udelukkes<sup>27</sup>.

60. Jeg har en mistanke om, at djævelen, som i mange andre sager, vil ligge i den detaljeringsgrad, hvormed årsagen til forskelsbehandlingen formuleres. Den pågældende formodningsgrund er altid abstrakt (f.eks. ingen forskelsbehandling på grund af religion). Imidlertid er de regler, som fastsætter rammen for sammenligneligheden i individuelle sager, nødvendigvis mere detaljerede og tager ofte andre interesser og hensyn i betragtning (såsom regler om helligdage og vederlag). Rent praktisk er det således forholdsvist sjældent, at både den pågældende formodningsgrund og rammen for sammenlignelighed er formuleret på præcis samme abstraktionsniveau og med præcist samme anvendelsesområde.

61. Når dette er sagt, bekræfter den ovenfor nævnte retspraksis klart, at når en formodningsgrund påberåbes på en sådan måde, begynder det metaforiske røde lys at blinke. En konklusion om manglende sammenlignelighed er ekstraordinær. Medmindre der er tungtvejende grunde, der klart taler for, at de omhandlede grupper er så fundamentalt forskellige på en måde, som overflødiggør ethvert behov for diskussion af nødvendigheden eller forholdsmæssigheden af foranstaltningen, skal forskelsbehandlingen håndteres i forhold til, om den kan betragtes som »begrundet« og ikke »(manglende) sammenlignelighed«.

62. Dette overlap mellem spørgsmålet om sammenlignelighed og spørgsmålet om begrundelse, som gør den nuværende ramme for bedømmelsen af forskelsbehandling internt transitiv, er også åbenbart i den foreliggende sag. Bedømmelsen af forskelsbehandling er formelt opdelt i to trin: en undersøgelse af, om der findes sammenlignelige situationer, forskellig behandling af disse grupper og, hvis det fastslås, at der foreligger forskelsbehandling (forskellig behandling af sammenlignelige situationer), en undersøgelse af, om den er begrundet. Imidlertid indebærer alle disse trin tilsvarende spørgsmål om omfanget og relevansen af forskelle i situationerne og behandlingen heraf. Hvis forskellene i situationerne anses for tilstrækkeligt betydningsfulde (med hensyn til karakteren og omfanget af den forskellige behandling i praksis), er de ikke sammenlignelige. Hvis forskellene i situationerne derimod ikke anses for tilstrækkeligt betydningsfulde (en konklusion, som det er lettere at drage, hvis den forskellige behandling ved første øjekast synes en smule »overdrevet«), er der tale om sammenlignelighed og forskelsbehandling, og bedømmelsen overgår til at fokusere på, om den er begrundet. Ved vurderingen af begrundelsen er det grundlæggende spørgsmål, hvorvidt forskellene i behandlingen, uanset at der er tale om retligt sammenlignelige situationer, tilstrækkeligt og rimeligt afspejler faktuelle forskelle i disse situationer.

24 – Jf. dom af 8.11.1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, præmis 12 og 17), af 8.11.1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, præmis 13), af 27.2.2003, Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, præmis 39), og af 1.4.2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, præmis 72). Dette er helt klart tilfældet, hvor den ulige behandling udtrykkeligt er baseret på en formodningsgrund (f.eks. dom af 5.7.2017, Fries, C-190/16, EU:C:2017:513, præmis 32-34). Imidlertid er blot en henvisning til en formodningsgrund ikke i sig selv tilstrækkelig til at konkludere, at der er tale om direkte forskelsbehandling (jf. dom af 14.3.2017, Bougnaoui og ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204, præmis 32, og af 14.3.2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, præmis 30). Domstolen har anvendt en lignende tilgang i tilfælde, hvor formodningsgrunden udgør motivationen for den ulige behandling (jf. f.eks. dom af 16.7.2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, præmis 91) eller i praksis kun påvirker en gruppe, der kan identificeres på baggrund af en formodningsgrund (jf. f.eks. dom af 20.9.2007, Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, præmis 55).

25 – Jf. f.eks. dom af 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, præmis 25-28). Se imidlertid for et eksempel på, hvor sammenlignelighed blev nægtet, dom af 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 – For et andet synspunkt jf. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse Bressol m.fl. (C-73/08, EU:C:2009:396, punkt 55).

27 – Jf. dom af 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, præmis 40).



63. Med dette in mente vil jeg nu tage fat på det hensigtsmæssige sammenligningsgrundlag i denne sag.

#### 4. Det hensigtsmæssige sammenligningsgrundlag i den foreliggende sag

64. I henhold til fast retspraksis »skal kravet om tilsvarende situationer med henblik på at fastslå, om der foreligger en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling, vurderes på grundlag af alle de omstændigheder, som kendetegner dem«<sup>28</sup>. Derudover skal bedømmelsen af denne sammenlignelighed foretages henset til det formål, der forfølges med de omhandlede nationale lovbestemmelser<sup>29</sup>.

65. I den foreliggende sag har den østrigske regering oplyst, at langfredag er den vigtigste religiøse dag for medlemmer af de fire kirker. *Formålet* med de omhandlede nationale bestemmelser er at muliggøre, at sådanne personer kan deltage i kirkelige højtider denne dag, hvorved deres religionsfrihed respekteres.

66. Retsspraksis kræver også, at undersøgelsen af den sammenlignelige karakter skal udføres specifikt og konkret »i forhold til den pågældende ydelse« og ikke generelt og abstrakt<sup>30</sup>.

67. Som allerede nævnt<sup>31</sup> er den pågældende ydelse i den foreliggende sag ikke, at langfredag er en helligdag, men godtgørelsen. Med hensyn til denne ydelse finder jeg, at det brede sammenligningsgrundlag er det korrekte.

68. Som resultat af en ydelse i form af godtgørelse får en udvalgt gruppe af personer, som arbejder langfredag, dobbelt betaling specifikt på grund af deres religion. Andre personer, der arbejder den dag, får normal betaling på trods af, at de måske udfører præcis samme arbejde. Der er ingen relevant forskel mellem disse grupper i relation til denne ydelse. I princippet er niveauet for vederlaget og trosretningen ikke forbundne.

69. Denne konklusion svækkes efter min opfattelse ikke af det erklærede formål med den nationale lovgivning om at beskytte religionsfriheden. Jeg kan ganske enkelt ikke se, hvordan betalingen af et dobbelt vederlag på en given dag til en specifik gruppe arbejdstagere, der er defineret på grundlag af deres religion, har noget som helst at gøre med dette formål. Der kan rent faktisk argumenteres for – ganske vist ikke uden en knivspids af kynisme – at retten til dobbelt vederlag for medlemmer af de fire kirker, som arbejder langfredag, udgør et økonomisk incitament til *ikke* at dyrke deres religion den pågældende dag.

70. Heroverfor kan der argumenteres for, at medlemmer af de fire kirker, som arbejder langfredag, rent faktisk er i en anden situation, da de i særlig grad påvirkes af at arbejde denne dag. I denne henseende forstår jeg, at der er specifikke sektorer, hvor arbejdsgivere kan bede selv medlemmer af de fire kirker om at arbejde langfredag. Som anført ovenfor er det relevante spørgsmål her i henhold til Domstolens praksis imidlertid, hvorvidt situationerne er sammenlignelige med hensynet til *formålet* med den nationale lov (som jeg forstår er beskyttelse af religionsfriheden, ikke at yde kompensationen for mangel på beskyttelse heraf) og *den specifikke ydelse*. Derudover minder jeg også om, at § 9, stk. 5, i lov om hviletid fastsætter en godtgørelse for dem, der arbejder på helligdage, *uanset om helligdagen er tildelt af religiøse årsager*.

28 – Jf. dom af 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, præmis 31).

29 – Jf. dom af 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, præmis 33).

30 – Jf. dom af 1.4.2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, præmis 42), af 10.5.2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, præmis 42, af 12.12.2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, præmis 33), og af 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, præmis 32).

31 – Jf. punkt 40-43 ovenfor.



71. Af de ovennævnte grunde er jeg af den opfattelse, at med hensyn til ydelsen i form af godtgørelse og i betragtning af formålet med de relevante bestemmelser i national ret er alle arbejdstagere, som arbejder langfredag, og som er genstand for en forskelsbehandling på grundlag af religion med hensyn til betaling for denne dag, sammenlignelige.

72. Jeg ønsker at tilføje yderligere bemærkninger vedrørende spørgsmålet om sammenlignelighed.

73. For det første stiller jeg, for at gøre det helt klart, selvfølgelig ikke spørgsmålstejn ved den særlige betydning af langfredag for medlemmer af de fire kirker. I netop denne sammenhæng adskiller de sig klart fra personer, for hvem langfredag ikke har en sådan vigtighed. Imidlertid har denne egenskab efter min opfattelse forskellig relevans i relation til forskellige typer af foranstaltninger: at bevilge nogle timer fri den pågældende dag, at give en fridag, som dog fradrages i det samlede årlige antal fridage, at give en betalt fridag og at give en person ekstra betaling for at arbejde den pågældende dag. I den foreliggende sag udgør ydelsen retten til godtgørelse. Med hensyn til denne ydelse er medlemmer af de fire kirker, som arbejder langfredag, måske ikke i en *identisk* situation med andre arbejdstagere, men deres religion betyder bestemt ikke, at deres situationer bliver usammenlignelige<sup>32</sup>.

74. For det andet tager bedømmelsen af sammenlignelighed i EU-retten sit udgangspunkt i formålet med og i de kategorier, som er fastsat i national ret. Disse formål og kategorier kan imidlertid ikke i sig selv være afgørende og bestemmende. Som jeg har argumenteret for andetsteds<sup>33</sup>: Hvis det forholdt sig anderledes, og spørgsmålet om sammenlignelighed på forhånd intellektuelt var afgjort af de kategorier, der er fastsat i den nationale lovgivning, ville den nationale lovgivning selv definere sættet af mulige sammenligninger i dens anvendelsesområde. Sådan en bedømmelse vil nødvendigvis gå i ring uden mulighed for retslig prøvelse.

75. I den foreliggende sag er vægten i forbindelse med bedømmelsen af sammenligneligheden af formål og kategorier, der er fastsat i national ret, efter min opfattelse gjort væsentligt mindre, særligt på grund af uoverensstemmelsen mellem det erklærede formål om beskyttelsen af religionsfriheden langfredag og den forøgede økonomiske belønning for at arbejde denne dag.

76. For det tredje kan der argumenteres for, at national lovgivning specifikt i denne sag er skræddersyet. Den fastsætter formål og afgrænser kategorier, som udpeger personer, der tilhører specifikke (og inden for den samlede østrigske befolkning forholdsvist små) kristne grupper<sup>34</sup>, til særlig behandling. Dette i sig selv maner til forsigtighed. Hvis det imidlertid antages, at disse meget specielle egenskaber rent faktisk er af en sådan relevans og betydning, at de medfører, at de situationer, som medlemmer af de fire kirker befinder sig i, ikke er sammenlignelige, vil det indebære, at medlemmer af andre religiøse grupper sandsynligvis også har relevante egenskaber, der adskiller dem fra alle andre.

77. Forskelsbehandling består ikke kun i at behandle de samme situationer forskelligt, men også i at behandle objektivt forskellige situationer på samme måde. Hvis medlemmer af de fire kirker anses for at have relevante særskilte egenskaber, bør der principielt også tages individuelt hensyn til hver religion for at bestemme, hvorledes medlemmer af den pågældende religion skal behandles forskelligt med hensyn til yderligere (betalte) helligdage og godtgørelser<sup>35</sup>. Dette er imidlertid ganske enkelt ikke den østrigske stats tilgang. Det blev bekræftet i de skriftlige og mundtlige indlæg fra den østrigske

32 – Jf. dom af 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, præmis 25).

33 – Jf. mit forslag til afgørelse MB (C-451/16, EU:C:2017:937, punkt 47).

34 – Den østrigske regering angav i sine skriftlige og mundtlige indlæg, at medlemmer af de fire kirker historisk set var en minoritet i Østrig, der, modsat den katolske majoritet, ikke havde en helligdag på deres vigtigste religiøse dag. På det tidspunkt, hvor § 7, stk. 3, blev indsat i loven, udgjorde medlemmer af de fire kirker muligvis majoriteten af den ikke-katolske del af befolkningen. Imidlertid repræsenterer de ikke, som det blev bekræftet i anmodningen om præjudiciel afgørelse, hele den ikke-katolske del af befolkningen i Østrig, som omfatter andre trosretninger.

35 – Jf. for et eksempel på ens behandling, som ikke desto mindre kan differentiere af religiøse årsager, dom fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (Store Afdeling) af 6.4.2000, Thlimmenos mod Grækenland (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

regering, at der er en kollektiv aftale, som tildeler en helligdag til medlemmer af det jødiske trossamfund på Jom Kippur, som tilsyneladende kun finder anvendelse på nogle sektorer i samfundsøkonomien. Under alle omstændigheder er dette den eneste anden religion, som er særligt udvalgt til en sådan behandling<sup>36</sup>.

78. Den sidstnævnte grund er i sidste ende også et andet argument for, hvorfor det »snævre sammenligningsgrundlag«, som den østrigske regering og sagsøgte har argumenteret for, ikke kan anvendes. Selv om det antages, at kun medlemmer af de fire kirker har et objektivt behov for at dyrke deres religion langfredag, hvilket gør det umuligt at sammenligne dem med andre religiøse grupper (eftersom ingen af dem må formodes at have det samme behov for at dyrke deres religion på denne specifikke dag), og hvis man ser bort fra den omstændighed, at godtgørelsen mere hæmmer end tilskynder, at denne dag holdes hellig, kommer spørgsmålet om foranstaltningens *selektivitet* tydeligt frem og skubber spørgsmålet om forskelsbehandling op på et højere niveau. Hvad med andre religiøse grupper eller samfund, som også har meget religiøse højtider, der ikke afspejler sig i den liste af eksisterende helligdage, der er nævnt i § 7, stk. 1, i lov om hviletid?

79. Forfølges denne (u)sammenligneligheds logik til sine fulde konsekvenser, vil ingen af disse grupper være sammenlignelige med nogen af de andre, fordi de har et objektivt behov for at fejre forskellige religiøse højtider. Ville dette også indebære, at den nationale lovgiver kan udpege helligdage (formentlig også af forskellige længder?) kun for nogle, samtidig med at de nægtes andre, potentielt kombineret med forskellige niveauer for vederlaget?

80. Af alle disse årsager er min konklusion, at den kombinerede anvendelse af bestemmelser som § 7, stk. 3, og § 9, stk. 5, i lov om hviletid fører til, at sagsøgeren bliver behandlet ringere end medlemmer af de fire kirker, der modtager dobbelt betaling, når de arbejder langfredag. Den underliggende grund til forskelsbehandlingen er direkte forbundet med religion<sup>37</sup>.

81. Det er efter min opfattelse irrelevant, at ordlyden i § 9, stk. 5, i lov om hviletid rent faktisk fremstår som neutral, da det af anmodningen om præjudiciel afgørelse klart fremgår, at retten til godtgørelse efter denne bestemmelse udløses af § 7, stk. 3, i lov om hviletid. Sidstnævnte bestemmelse er ikke neutral, men fastsætter udtrykkeligt sondringer på grundlag af religion. Den heraf følgende ulige behandling udgør forskelsbehandling som omhandlet i chartrets artikel 21, stk. 1, og direkte forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78.

## **5. Ydelsen i form af en betalt helligdag**

82. Den foregående analyse fokuserer navnlig på spørgsmålet om forskelsbehandling med hensyn til ydelsen af godtgørelse. I ovenstående afsnit af dette forslag til afgørelse søgte jeg at forklare, hvorfor det er denne ydelse, som hovedsagen i sidste ende handler om, der skal tages hensyn til med henblik på sammenligneligheden. For fuldstændighedens skyld vil jeg kort omtale ydelsen af en betalt helligdag, og hvordan et muligt fokus på denne ydelse ville ændre rammen for sammenlignelighed.

36 – Jf. f.eks. dom af 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, præmis 38). I den nævnte sag tog Domstolen stilling til sammenligneligheden af »unge«, som går på universitetet eller i skole, og andre arbejdstagere. Domstolen fandt, at grupperne ikke var sammenlignelige. I denne forbindelse henviste Domstolen til formålet med den nationale lovgivning, men holdt sig tydeligvis sammenhængen i argumentationen og behandlingen af andre grupper for øje.

37 – Jf. i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, punkt 43).

83. Jeg har allerede anført, at vigtigheden af langfredag for medlemmerne af de fire kirker ville have forskellig vægt i sammenlignelighedsanalysen, hvis den blev anvendt i relation til forskellige ydelser<sup>38</sup>. Den omstændighed, at der holdes (ulønnet) fridag denne dag, er klart mere i overensstemmelse med det erklærede formål om beskyttelse af religionsfriheden end en godtgørelse er. Kravet om at betale arbejdstagere, som er fraværende langfredag med det formål at dyrke deres religion, bevæger sig en anelse længere fra det nøjagtige formål, som den østrigske regering har givet udtryk for, men forbliver dog tættere knyttet til dette oprindelige formål end godtgørelsen<sup>39</sup>.

84. Disse overvejelser giver mig anledning til at konkludere, at hvis den omhandlede ydelse kun vedrørte retten til en betalt helligdag, ville der være tungtvejende begrundelser for at gribe til det mellemliggende sammenligningsgrundlag, som Kommissionen faktisk har gjort gældende.

85. Imidlertid står det fast, at sagsøgeren i hovedsagen ikke har fremsat krav om at få en betalt helligdag langfredag. Han har heller ikke fremsat krav om at få en anden særlig dag anerkendt som en del af den samme ordning og således få taget hensyn til sin specifikke og anderledes religiøse overbevisning. Hvad han har fremsat krav om, er at få godtgørelse for sit arbejde langfredag og dermed fjerne den religiøst betingede forskelsbehandling med hensyn til vederlaget.

86. Med fuld bevidsthed om det overordnede formål med foranstaltningen og den omstændighed, at en betalt helligdag og godtgørelse i det væsentlige er to sider af samme sag, kan det mellemliggende sammenligningsgrundlag, som Kommissionen har argumenteret for<sup>40</sup>, således ikke være afgørende for den foreliggende sag. Endvidere er jeg af de samme grunde som nævnt ovenfor vedrørende godtgørelse<sup>41</sup> af den opfattelse, at det i hvert fald er udelukket at ty til det snævre sammenligningsgrundlag, som den østrigske regering og sagsøgte har argumenteret for, i relation til ydelsen af en betalt helligdag.

## **6. Konklusion vedrørende det første spørgsmål**

87. I lyset af det ovennævnte foreslår jeg, at Domstolen besvarer den forelæggende rets første spørgsmål som følger:

»Artikel 21, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder, sammenholdt med artikel 1 og artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78/EF, skal fortolkes således, at de er til hinder for en national ordning, hvorefter langfredag udelukkende er en helligdag med en uafbrudt hvileperiode på mindst 24 timer for medlemmer af de protestantiske kirker med augsburgsk eller schweizisk trosbekendelse, den gammelkatolske kirke og den protestantisk-metodistiske kirke, og hvorefter en arbejdstager, der er medlem af én af disse kirker, som arbejder på trods af, at der er tale om en helligdag, foruden kravet på vederlag for det arbejde, der ikke udføres som følge af helligdagen, også har krav på vederlag for det udførte arbejde, hvorimod andre medarbejdere, som ikke er medlemmer af disse kirker, ikke har denne ret.«

38 – Jf. punkt 40-43 og 73 ovenfor.

39 – Særligt for så vidt angår ansatte, for hvem det er forbundet med økonomiske vanskeligheder at tage en ekstra ulønnet fridag.

40 – Uden således at gå ind i spørgsmålene om fortolkningen af det mellemliggende sammenligningsgrundlag, som ville skulle undersøges, og som bestemt ikke er ligetil: Hvad skal der til, for at en dag kan betragtes som »særlig«? Er der en retlig grænse for spirituel eller religiøs væsentlighed? Hvilke religioner skal være omfattede, og især, kan dette punkt overføres til andre trosretninger, som har flere dage af stor vigtighed? Hvad gælder f.eks. ateister, som også har dage af stor vigtighed for dem? Skal katolikker nægtes den ekstra dag, fordi en række af deres særlige dage af historiske årsager allerede er dækket af de 13 andre helligdage? Ydermere, i retsmødet blev følsomheden ved at være nødt til at afsløre ens (religiøse) tro til en arbejdsgiver – en logisk konsekvens af at anvende det mellemliggende sammenligningsgrundlag – også diskuteret.

41 – Jf. punkt 76-79 ovenfor.

## D. Det andet spørgsmål

88. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt foranstaltninger til fordel for medlemmer af de fire kirker, for så vidt som de må betragtes som udtryk for forskelsbehandling, kan anses for begrundede i medfør af artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78.

89. Det kan de efter min opfattelse ikke.

90. Indledningsvis bemærker jeg, at for så vidt som det i forhold til det første spørgsmål konkluderes, at de omhandlede foranstaltninger er i strid med chartrets artikel 21, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78, skal enhver begrundelse vurderes i medfør af henholdsvis chartrets artikel 52, stk. 1, og direktivets artikel 2, stk. 5. Ud over den formelle omstændighed, at en bestemmelse i et direktiv ikke kan fastsætte undtagelser fra en bestemmelse i chartret, er det et faktum, at begge disse bestemmelser er formuleret en smule forskelligt.

91. For så vidt angår den foreliggende sag er den materielle vurdering i henhold til begge bestemmelser imidlertid ensartet. I henhold til begge bestemmelser er den påberåbte begrundelse »beskyttelsen af andres rettigheder og friheder«. Herudover skal begge bestemmelser som undtagelser til forbuddet mod forskelsbehandling fortolkes strengt<sup>42</sup> og underkastes en vurdering af forholdsmæssigheden<sup>43</sup>.

92. Der er især tre grunde, som fører mig til at konkludere, at tildelingen af ydelsen i form af godtgørelse hverken i medfør af chartrets artikel 52, stk. 1, eller direktivets artikel 2, stk. 5, kan anses for begrundet.

93. For det første er det ikke umiddelbart indlysende, at »beskyttelsen af andres rettigheder og friheder« omfatter tilbud om en godtgørelse i det tilfælde, at disse rettigheder indskrænkes. Det forekommer mig ikke at udgøre beskyttelse, men kompensation for manglende beskyttelse.

94. For så vidt som et sådant tilbud i princippet kunne være omfattet, henviser bestemmelserne ikke desto mindre specifikt til »beskyttelse af *andres* rettigheder og friheder«. I denne sammenhæng blev artikel 2, stk. 5, tilsyneladende indsat i direktivet i ellefte time efter pres fra Det Forenede Kongerige<sup>44</sup>, og der er tegn på, at bestemmelsen havde til formål at beskytte *offentligheden* mod skadelig adfærd fra visse befolkningsgrupper<sup>45</sup>.

95. Min forståelse af en sådan bestemmelse går i samme retning: Den tillader undtagelser i *andres* rettigheders og friheders navn forstået på en horisontal og tværgående måde, dvs. rettigheder og friheder for resten af samfundet som helhed. Dette ville følge den logiske struktur for undtagelser: En byrde eller en ulempe, som pålægges en specifik gruppe, kan pålægges denne gruppe, hvis det er nødvendigt og står i rimeligt forhold til de overordnede interesser i den brede offentlighed. På dette stadium kan der ske en vis afvejning af interesser mellem de specifikke (ulemper) og de generelle (interesser).

96. Hvis man tilslutter sig den tankegang, at »de andre« i »beskyttelsen af andres rettigheder og friheder« rent faktisk er medlemmer af den gruppe, som den omhandlede lovgivning tildeler nogle fordele, vil det vende logikken på hovedet. Hele argumentationen ville blive cirkulær, og enhver særlig ordning vil kunne være begrundet alene i kraft af sin eksistens.

42 – Jf. dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 55-56), og af 12.12.2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, præmis 46).

43 – Jf. ordlyden af chartrets artikel 21, stk. 1 og af 23. betragtning til direktivet. Jf. ligeledes dom af 5.7.2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, præmis 44).

44 – Jf. f.eks., E. Ellis og P. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2. udgave, Oxford EU Law Library, 2012, s. 403.

45 – Jf. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse Bougnaoui og ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553, fodnote 99).

97. For det andet er den *selektive* natur af § 7, stk. 3, og § 9, stk. 5, i lov om hviletid i hvert fald problematisk set i forhold til proportionalitetsprincippet særligt i relation til den første dimension, nemlig om den er egnet. Selv om det erklærede mål med foranstaltningerne er beskyttelse af religionsfriheden, finder de kun anvendelse på særlige grupper. Der er ingen henvisning til andre minoriteter. Jeg erindrer om, at i relation til vurderingen af forholdsmæssigheden af en national foranstaltning, der er udtryk for forskelsbehandling, tager Domstolen overensstemmelsen med det erklærede mål i betragtning. Således har Domstolen udtalt, at »lovgivning kun kan sikre gennemførelsen af det påberåbte mål, hvis den faktisk forfølger målet hermed *på en konsekvent og systematisk måde*, og at undtagelser til bestemmelser i en lov i visse tilfælde kan påvirke lovens sammenhæng«<sup>46</sup>. Selv om det er korrekt, at de relevante bestemmelser i national ret i denne sag ikke indeholder undtagelser, som udelukker bestemte grupper, er den praktiske virkning af en meget snæver begrænsning af anvendelsesområdet for rettigheden den samme. Den udelukker alle andre end medlemmer af de fire kirker.

98. Problemet med selektivitet er ikke løst med, at der gives ret til fri af religiøse årsager i medfør af andre bestemmelser. I denne henseende er det korrekt, at der i Østrig f.eks. er en kollektiv aftale, der giver en helligdag på Jom Kippur til medlemmer af det jødiske trossamfund, og at der også er en pligt for arbejdsgiverne til at udvise hensyntagen til deres ansatte<sup>47</sup>.

99. Imidlertid blev det hvad angår den kollektive aftale i den østrigske regerings skriftlige svar på Domstolens spørgsmål bekræftet, at den ikke finder anvendelse på alle sektorer, og at den kun finder anvendelse på én religiøs gruppe. Hvad angår pligten til at udvise fornøden omhu, kan den omstændighed, at en medarbejder har ret til proaktivt at anmode om nogle timer fri til religionsdyrkelse, efter min opfattelse ganske enkelt ikke sammenlignes med en ret til en betalt helligdag, som er skrevet ind i national lovgivning eller i en kollektiv aftale. Som et mere generelt punkt er der ikke, selv hvor der kan opnås fri til religionsdyrkelse efter en anmodning betinget af arbejdsgivers godkendelse for medlemmer af andre trosretninger, en generel automatisk ret til finansiel godtgørelse, hvor retten til fri ikke benyttes.

100. For det tredje er der ikke nogen indlysende forbindelse mellem beskyttelsen af religionsfriheden og retten til godtgørelse, hvis man arbejder langfredag. Af samme årsag finder jeg, at tildelingen af en godtgørelse til medlemmer af de fire kirker, som arbejder langfredag, selv hvis den finder anvendelse på en sådan selektiv måde, er uforholdsmæssig i den forstand, at den ikke er egnet til at opnå formålet om beskyttelse af religionsfriheden i henhold til chartrets artikel 52, stk. 1, og artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78. Igen er det svært at se, hvordan betaling af en dobbelt løn for *ikke at dyrke sin religion* langfredag er egnet til opnåelse af beskyttelse af (selv den selektivt tildelte) religionsfrihed.

101. Endelig skal det anføres, at selv om ovenstående betragtninger fokuserer på godtgørelsen, finder ræsonnementet i punkt 97 og 98 vedrørende foranstaltningens selektivitet med hensyn til ydelsen af en betalt helligdag også anvendelse og hindrer, at den karakter af forskelsbehandling, som denne ydelse er udtryk for, kan anses for begrundet.

102. I lyset af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer den forelæggende rets andet spørgsmål som følger:

»Under omstændigheder som i den foreliggende sag udgør en national ordning, hvorefter kun medlemmer af bestemte kirker, der arbejder langfredag, ydes en godtgørelse af den type, som er beskrevet i det første spørgsmål, ikke en foranstaltning, som i et demokratisk samfund er nødvendig for at beskytte andres rettigheder og friheder som omhandlet i direktiv 2000/78.«

46 – Jf. dom af 5.7.2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, præmis 48).

47 – Indeholdt i § 8 i lov om hviletid.



## E. Det tredje spørgsmål

103. Med sit tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt foranstaltninger til fordel for medlemmer af de fire kirker er omfattet af begrebet positiv særbehandling og særforanstaltninger i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78, sammenholdt med chartrets artikel 21, stk. 1.

104. Det er de efter min overbevisning ikke.

105. Indledningsvis anføres, at den præcise forbindelse mellem chartrets artikel 21, stk. 1, og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78 ikke umiddelbart står klar. Især er debatten om, hvorvidt en positiv særbehandling og særforanstaltning er en (midlertidig) undtagelse fra ligebehandlingsprincippet, eller om den rent faktisk er et iboende element i en egentlig indholdsmæssig vision om ligebehandling, langt fra afgjort. I forhold til dette forslag til afgørelse finder jeg det imidlertid ikke nødvendigt at behandle sådanne dybdegående spørgsmål.

106. I relation til den foreliggende sag har den østrigske regering gjort gældende, at foranstaltningerne kan fortolkes som omfattet af begrebet positiv særbehandling og særforanstaltninger i den forstand, at de er blevet vedtaget for at kompensere for en ringere behandling i fortiden. Ifølge den østrigske regerings skriftlige bemærkninger havde medlemmer af de fire kirker, modsat det katolske flertal, ikke ret til en fridag for at fejre deres væsentligste årlige religiøse højtid og havde lidt under den situation i mange år, før der i 1950'erne blev anmodet herom, og denne blev tildelt.

107. Det er korrekt, at »positiv særbehandling og « ikke er klart defineret i lovgivningen eller i retspraksis. Således er der ikke nogen prima facie-begrænsninger for, hvad dette begreb kan omfatte, både materielt og tidsmæssigt. På dette plan kan der rent faktisk argumenteres for, at intentionen om at »opveje ulemper knyttet til én eller flere af de i artikel 1 anførte grunde« også kunne omfatte ønsket om at kompensere for (selv århundreders) religiøs forfølgelse i fortiden.

108. Når dette er sagt, må jeg indrømme, at det alene ud fra et kronologisk synspunkt synes forholdsvist tvivlsomt, om en foranstaltning vedtaget i 1950'erne virkelig blev opfattet som en »positiv særbehandling og særforanstaltning« i samme forstand som et langt mere moderne begreb, der først, i hvert fald inden for EU-retten, dukkede op årtier senere. En sådan forudseenhed grænser til det mirakuløse.

109. Imidlertid er der, hvis man ser bort fra manglen på definatorisk specificitet og kronologi, to tvingende grunde til, at jeg ikke er af den opfattelse, at godtgørelsen kan udgøre en »positiv særbehandling og særforanstaltning«.

110. For det første retter foranstaltningen sig mod en meget specifik gruppe, hvilket igen åbner op for det allerede diskuterede spørgsmål om foranstaltningens selektivitet og forskelsbehandling på andet niveau<sup>48</sup>. Foranstaltningerne blev ikke vedtaget for at sikre fuld ligebehandling af alle grupper, som har været stillet ringere i fortiden, eller som mere specifikt, i modsætning til det katolske flertal, ikke har en helligdag for en vigtig højtid.

111. For det andet skal enhver foranstaltning, som hævdes at være en positiv særbehandling og særforanstaltning, altid være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Dette er for nylig generelt blevet bekræftet med hensyn til foranstaltninger, der begrænsede religionsfriheden, og som blev bedømt i forhold til chartret og direktiv 2000/78<sup>49</sup>. Selv om Domstolens praksis vedrørende anvendelse af begrebet positiv særbehandling og særforanstaltninger inden for rammerne af den

48 – Jf. tilsvarende punkt 76-79 og 97-98 ovenfor.

49 – Jf. dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 68).

aflædt ret ikke udtrykker vurderingen af forholdsmæssigheden, står det klart, at Domstolen undersøger foranstaltninger for at kunne vurdere, om de er nødvendige for at danne modvægt mod oplevede negative virkninger<sup>50</sup>. Af samme grunde som nævnt i forbindelse med det andet spørgsmål<sup>51</sup> er det min opfattelse, at de omhandlede foranstaltninger i national ret under alle omstændigheder ikke kan anses for forholdsmæssige og derfor ikke kan være omfattet af begrebet » positiv særbehandling og særforanstaltninger« som omhandlet i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78.

112. Endelig skal jeg henvise til, at selv om ovenstående betragtninger på ny fokuserer på godtgørelsen, finder argumentationen i punkt 97, 98 og 101 vedrørende foranstaltningens selektivitet i forhold til ydelsen af den *betalte helligdag* også anvendelse og er til hinder for, at ydelsen kan behandles som en »positiv særbehandling og særforanstaltning«.

113. I lyset af det ovenstående foreslår jeg, at den forelæggende rets tredje spørgsmål besvares som følger:

»En national ordning, hvorved der tildeles en godtgørelse af den type, der er beskrevet i det første spørgsmål, udgør ikke en positiv særbehandling og særforanstaltning som omhandlet i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78.«

## F. Det fjerde spørgsmål

114. Med sit fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvordan tilsidesættelsen af forbuddet mod forskelsbehandling helt konkret skal afhjælpes, når tilsidesættelsen forekommer i et forhold mellem private? Inden spørgsmålet om, hvorvidt løsningen er at nægte helligdagen og godtgørelsen til alle eller at udvide ordningen til at omfatte alle, behandles, er det indledende spørgsmål, som delvist foregriber svaret, hvad det er der skal anvendes i et sådant horisontalt forhold, og med hvilke konsekvenser.

115. En række principper, som allerede fremgår af Domstolens praksis, giver en vis vejledning.

116. For det første kan et direktiv ikke påberåbes som sådan over for private (såsom en arbejdsgiver i den private sektor)<sup>52</sup>. I sådanne sager tager skadelidtes retsmiddel i princippet form af et erstatningsspørgsmål mod staten<sup>53</sup>.

117. For det andet kan det forbud mod forskelsbehandling på grund af religion, som er indeholdt i chartrets artikel 21, stk. 1, i hvert fald i nogle situationer påberåbes »sammenholdt med« direktiv 2000/78 over for en privat person med det resultat, at den nationale ret skal undlade at anvende enhver bestemmelse, som strider imod det forbud. Således skaber kombinationen af chartrets artikel 21, stk. 1, og direktivet en *ret til ikke at blive udsat for forskelsbehandling*, som kan påberåbes direkte ved nationale domstole, selv i en horisontal sammenhæng. Det er imidlertid vigtigt at gøre klart, at det er konsekvenserne af EU-rettens forrang og ikke af den direkte virkning heraf (under punkt 1 nedenfor).

50 – Jf. i denne henseende f.eks. dom af 11.11.1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, præmis 31).

51 – Jf. punkt 100 ovenfor.

52 – Jf. dom af 14.7.1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, præmis 20), af 5.10.2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 108), og af 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 46).

53 – Jf. dom af 19.11.1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428). Vedrørende chartrets artikel 21, stk. 1, sammenholdt med direktiv 2000/78; jf. dom af 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 50).

118. For det tredje har chartrets artikel 21, stk. 1, efter min opfattelse ikke »horisontal direkte virkning« i den forstand, at bestemmelsen i sig selv giver anledning til en afgrænset forpligtelse for en privat arbejdsgiver, der kan håndhæves ved de nationale domstole direkte over for denne arbejdsgiver, hvor, som i den foreliggende sag, forskelsbehandlingen udspringer af national ret (under punkt 2). Imidlertid må skadelidte have muligheden for at anlægge erstatningskrav mod staten som retsmiddel mod en sådan forskelsbehandling (under punkt 3).

## 1. Forrang

### a) Direktiver sammenholdt med chartrets bestemmelser

119. Domstolen har kompenseret for det ovenfor nævnte afslag på horisontal direkte virkning af direktiver på forskellig vis. Ofte er det sket gennem forpligtelsen til overensstemmende fortolkning<sup>54</sup>. Det fremgår af fast retspraksis, at denne forpligtelse ikke pålægger de nationale retter at fortolke national ret »contra legem«. I den foreliggende sag har den nationale ret klart givet udtryk for, at overensstemmende fortolkning af national ret ikke er mulig.

120. Når Domstolen har stået over for sådanne begrænsninger af overensstemmende fortolkning, har den »sammenholdt« sin fortolkning af generelle retsprincipper<sup>55</sup> eller chartret<sup>56</sup> med direktiv 2000/78 for at konkludere, at en borger kan støtte ret på, hvad der i praksis er det materielle indhold i et direktiv i en tvist med en anden privat person for at kunne få modstridende nationale bestemmelser tilsidesat.

121. I Mangold-dommen, Küçükdeveci-dommen og DI-dommen<sup>57</sup> fandt Domstolen, at de relevante nationale bestemmelser var uforenelige med de specifikke relevante bestemmelser i *direktivet*. Domstolen fortsatte med at konkludere, at EU-retten var »til hinder for« (med det resultat, at den nationale ret skulle »tilsidesætte« eller »undlade at anvende«) sådanne bestemmelser i national ret, for så vidt som de var i strid med det *generelle princip*. Således havde de nationale domstole en forpligtelse til at fortolke nationale bestemmelser »således, at de kan anvendes i overensstemmelse med dette direktiv, eller, såfremt en sådan overensstemmende fortolkning er umulig, om nødvendigt at undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, som er i strid med det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder«<sup>58</sup>. Det relevante indhold i direktivet blev således reelt indbygget i det generelle princip, før dette »kompletterede« princip blev anvendt i en tvist mellem private til at drage en konklusion vedrørende uforeneligheden med national ret.

122. I Egenberger-dommen fandt Domstolen, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af religion eller tro i chartrets artikel 21, stk. 1, »i sig selv [er] tilstrækkeligt til at tillægge private en ret, der som sådan kan påberåbes i en tvist mellem disse på et område, der er omfattet af EU-retten«<sup>59</sup>. Ved anvendelsen af dette forbud skal den nationale ret »tage hensyn til den ligevægt mellem disse interesser, som EU-lovgiver har fastsat i direktiv 2000/78, med henblik på at afgøre, hvilke forpligtelser der [...] følger af chartret«<sup>60</sup>. Med andre ord blev indholdet af de relevante bestemmelser

54 – Jf. dom af 5.10.2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584), og af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

55 – Jf. dom af 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), og af 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

56 – Jf. dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

57 – Jf. dom af 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, præmis 77 og 78), af 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 43 og 51), og af 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 27 og 35).

58 – Jf. dom af 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 43).

59 – Jf. dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 76).

60 – Jf. dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 81).

i direktivet implicit anset for at være indbygget i chartrets artikel 21. Den nationale retsinstans skal sikre den fulde virkning af bestemmelsen ved »om fornødent at undlade at anvende enhver modstridende national bestemmelse«<sup>61</sup>. Det samme ræsonnement blev anvendt mutatis mutandis på chartrets artikel 47.

123. I AMS-dommen<sup>62</sup> anerkendte Domstolen ikke desto mindre, at der var grænser for den form for integration af indholdet af direktiver i generelle principper og bestemmelser i chartret med henblik på anvendelse i horisontale situationer. Sagen vedrørte direktiv 2002/14/EF, som kræver arbejdstagerrepræsentation i virksomheder med mere end 50 ansatte<sup>63</sup>. Artikel 3, stk. 1, fastsætter en grænse på »50 ansatte«, og for så vidt som det er relevant i denne sag, vedrørte sagen i det væsentlige definitionen af »ansatte« i direktivets forstand. Domstolen fandt, at den relevante nationale bestemmelse var uforenelig med direktivets artikel 3, stk. 1, da den udelukkede visse typer af ansatte fra beregningen af antallet af ansatte.

124. Domstolen fortsatte imidlertid med at bemærke, at »omstændighederne i hovedsagen adskiller sig fra de omstændigheder, der gav anledning til Küçükdeveci-dommen, for så vidt som det i sidstnævnte sag omhandlede princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der er stadfæstet i chartrets artikel 21, stk. 1, *i sig selv er tilstrækkeligt til at tillægge private en subjektiv ret, der som sådan kan påberåbes*«<sup>64</sup>. Modsat er chartrets artikel 27 »ikke i sig selv [...] tilstrækkelig til at tillægge private en ret, der som sådan kan påberåbes«<sup>65</sup>. Domstolen fandt således, at reglen i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2002/14 var for detaljeret til at kunne anses for indbygget i den relevante bestemmelse i chartret.

#### ***b) Retsvirkninger i medfør af gældende retspraksis***

125. Det er siden Egenberger-dommen klart, at chartrets artikel 21, stk. 1, kan »påberåbes«, sammenholdt med direktiv 2000/78, i en tvist mellem private, både som et værktøj til overensstemmende fortolkning og, mere væsentligt, som målestok for anfægtelse af gyldigheden af EU-retten og overensstemmelsen med national ret (inden for EU-rettens anvendelsesområde). Således kan bestemmelsen påberåbes af private i forhold til andre private som værende »til hinder for« eller for at få den nationale retsinstans til at »tilsidesætte« eller »undlade at anvende« en modstridende national bestemmelse i national ret.

126. Egenberger-dommen bekræfter forrangen af den primære EU-ret i form af chartrets artikel 21, stk. 1, i forbindelse med en horisontal tvist, hvor den afledte retsakt er et direktiv og en overensstemmende fortolkning ikke er mulig.

127. Egenberger-dommen går imidlertid ikke i detaljer med de nærmere konsekvenser af påberåbelse i sådanne sager. Navnlig er der intet i Egenberger-dommen (eller i andre af de domme, der er blevet citeret i det foregående afsnit), som bekræfter, at chartrets artikel 21, stk. 1, har »horisontal direkte virkning« i den forstand, at bestemmelsen i sig selv og i kraft af sin natur kan udgøre en fritstående kilde til rettigheder, som kan skabe de hertil hørende forpligtelser for en anden privat person i en privatretlig tvist. Ej heller kan den pågældende dom eller andre af de citerede afgørelser føre til den konklusion, at påberåbelse af artikel 21, stk. 1, og konstatering af uforenelighed nødvendigvis fører til anvendelse af et bestemt retsmiddel.

61 – Jf. dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, præmis 79).

62 – Jf. dom af 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2).

63 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 11.3.2002 om indførelse af en generel ramme for information og høring af arbejdstagerne i Det Europæiske Fællesskab (EFT 2002, L 80, s. 29).

64 – Dom af 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 47). Min fremhævelse.

65 – Dom af 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 49).

128. I stedet gentager denne retspraksis den generelle formel, i henhold til hvilken det påhviler de nationale domstole at sikre »den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af EU-rettens bestemmelser, og at sikre bestemmelsernes fulde virkning«<sup>66</sup> (ved at undlade at anvende uforenelige nationale bestemmelser), eller anfører, at den nationale domstol skal »sikre sig, at princippet om forbud mod forskelsbehandling [...] overholdes«<sup>67</sup>, eller at en privatperson ikke kan nægtes at gøre den fortolkning gældende, der er til hinder for den omtvistede nationale bestemmelse<sup>68</sup>.

129. Kort sagt er det på nuværende tidspunkt klart fastlagt, at en abstrakt prøvelse af overensstemmelse med hensyn til chartrets artikel 21, stk. 1, sammenholdt med direktiv 2000/78, som den, der er foretaget til besvarelse af den forelæggende rets første spørgsmål, kan føre til ikke-anvendelse af uforenelige nationale bestemmelser. Det er konsekvensen af EU-rettens forrang, hvilket også kan forekomme i forbindelse med en tvist mellem private.

130. Af de grunde, som anføres i næste afsnit, er mit forslag til Domstolen, at det vil være klogt at holde sig inden for denne tilgang. Når der spørges til de *specifikke praktiske konsekvenser for parterne*, hvis den nationale lovgivning rent faktisk undlades anvendt, vil mit yderligere forslag være, at man i stedet for at overveje horisontal direkte virkning af chartrets bestemmelser (punkt 2) fokuserer på retsmidlerne (punkt 3).

## 2. »Horisontal direkte virkning«

131. En erklæring af, at chartrets artikel 21, stk. 1, har horisontal direkte virkning, vil betyde, at private personer *direkte på grundlag af den pågældende bestemmelse* kan godtgøre eksistensen af en rettighed og *en dertil hørende forpligtelse* for en anden, privat (ikke-statslig) part, uanset eksistensen af og/eller henvisning til indholdet af den afledte ret. I denne sammenhæng er en bestemmelse, der er givet direkte virkning, i sig selv tilstrækkeligt klar, præcis og ubetinget til, at den i en horisontal situation kan gøres til genstand for domstolsprøvelse.

132. Jeg har svært ved at se, at chartrets artikel 21, stk. 1, opfylder disse krav i relation til den foreliggende sag [punkt a)], såvel som for den sags skyld en række af chartrets bestemmelser generelt [punkt b)]. Imidlertid er dette som bekendt ikke til hinder for, at chartrets bestemmelser kan finde anvendelse og være relevante i sager som den foreliggende, om end på en anden måde [punkt c)].

### a) Horisontal direkte virkning af chartrets artikel 21, stk. 1

133. På sin vis kan der bestemt argumenteres for, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af religion på dette abstraktionsniveau rent faktisk er tilstrækkeligt klar, præcis og ubetinget. Det er ubetinget og klart, at der ikke må forekomme forskelsbehandling på grund af religion.

134. Imidlertid vil, betragtet på et sådant abstraktionsniveau, enhver bestemmelse i EU-retten i bund og grund kunne have direkte virkning. Det er derfor, at den traditionelle prøvelse af direkte virkning har en anden karakter: Er den pågældende bestemmelse tilstrækkeligt klar og præcis til, at bestemmelsen kan gøres til genstand for domstolsprøvelse i en given sag?

66 – Jf. dom af 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 29 eller 35).

67 – Jf. dom af 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 56), og af 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 35-37).

68 – Jf. dom af 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 41).



135. Den foreliggende sag giver i sig selv et godt eksempel på, hvor kompleks dette spørgsmål er, og hvorfor der ikke er en bestemmelse, der er »klar, præcis og ubetinget«, der kan give svaret. Ville det være en ret til at få (og en forpligtelse til at give) en betalt helligdag, som udspringer af chartrets artikel 21, stk. 1? Ville den helligdag falde på langfredag eller en anden specifik dag? Eller er det kun pengekravet i form af en ret til en yderligere lønudbetaling eller en godtgørelse eller kompensation eller erstatning (med en hertil svarende forpligtelse for arbejdsgiveren)?

136. Efter min opfattelse kan chartrets kortfattede artikel 21, stk. 1, umuligt fortolkes som indeholdende svarene på disse spørgsmål. Ikke desto mindre vil den nationale dommer, som »undlader at anvende« den krænkende bestemmelse i national ret, uvægerligt skulle tage stilling til dem, som det er tilfældet i denne sag.

137. Jeg indrømmer gerne, at »klar, præcis og ubetinget« ikke indebærer, at ethvert aspekt af rettigheden udtrykkeligt er beskrevet på forhånd i retsforskrifterne. Et sådant scenarium er ganske enkelt ikke realistisk. Hvad der ikke er afgjort, må dog i det mindste kunne gøres til genstand for en domstolsprøvelse<sup>69</sup>. Efter min opfattelse er den omhandlede rettigheds natur (en helligdag på langfredag, en undefineret dag som betalt helligdag, godtgørelse, hvis den pågældende dag ikke afholdes) ikke noget, der i denne forstand kan gøres til genstand for en domstolsprøvelse.

138. Mere grundlæggende vedrører den her omhandlede problemstilling efter min opfattelse ikke »horisontal direkte virkning« af chartret (sammenholdt med et direktiv). Med en vis grad af abstraktion kan der også her være et »klart, præcist og ubetinget« krav om forbud mod forskelsbehandling i chartrets artikel 21, stk. 1, men ikke noget »klart, præcist og ubetinget« praktisk krav, som udspringer deraf. Efter min opfattelse bør den nationale rets fjerde spørgsmål ikke gribes an ud fra horisontal direkte virkning. Der er åbenbart, at der ikke foreligger en horisontal direkte virkning i den forstand, som er beskrevet ovenfor, der giver anledning til *specifikke* rettigheder (penge, ydelser osv.) og modsvarende forpligtelser.

#### ***b) Mere generelt om chartrets horisontale direkte virkning***

139. Ser man ud over den specifikke sammenhæng i den foreliggende sag og anvendelsen af den traditionelle undersøgelse af »direkte virkning« på chartrets artikel 21, stk. 1, er der yderligere principielle argumenter for, hvorfor direkte virkning af chartrets bestemmelser ville være problematisk.

140. For det første retter chartret ifølge dets artikel 51, stk. 1, på samme måde som direktiver i henhold til artikel 288 TEUF sig ganske enkelt ikke mod private, men nærmere mod medlemsstater og EU's institutioner og organer. Der kan argumenteres for, at dette argument, som støttes på ordlyden, ikke er særligt stærkt, siden chartret allerede har *horisontale virkninger* i betydelig grad, hvilket er beskrevet i detaljer ovenfor<sup>70</sup>. Der er imidlertid en betydelig kvalitativ forskel mellem på den ene side udsagnet om, at grundlovssikrede frihedsrettigheder kan anvendes i forbindelse med prøvelsen af overensstemmelse og mulig undladelse af at anvende modstridende retsforskrifter, og være kilde til overensstemmende fortolkning, der tillige udstrækker sig til horisontale situationer, og så, på den anden side, at gøre bestemmelserne i disse frihedsrettigheder til *kilde for direkte forpligtelser for private*, uden hensyn til lovbestemmelser og/eller i mangel heraf. Dette er også, så vidt jeg er bekendt,

69 – Således gives mulighed for, at bestemmelser, der er formuleret på et vist abstraktionsniveau (såsom at reglen om, at procedurer til prøvelse af den materielle og processuelle lovlighed af visse beslutninger inden for anvendelsesområdet for direktivet om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet (Rådets direktiv 85/337/EØF af 27.6.1985 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet (EFT 1985, L 175, s. 40)), ikke må være uoverkommeligt dyre), men klart afgrænset i deres rammer og anvendelsesområde, såvel som de praktiske resultater, der skal opnås med strukturen af den retsakt i den afledte ret, som de er en del af, kan gives direkte virkning; jf. mit nylige forslag til afgørelse Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, punkt 33-55).

70 – Jf. punkt 125-129 i det foregående afsnit af dette forslag til afgørelse.

årsag til, at den nationale grundlov i en række retssystemer vil have præcist disse to funktioner, måske endog kombineret med formuleringen af positive forpligtelser, som staten skal påtage sig. Selv hvis grundlæggende rettigheder på denne måde strakte sig ind i privatretlige forhold, ville sådanne rettigheder, fornuftigt nok, stadig ikke være udstyret med horisontal direkte anvendelighed.

141. For det andet er årsagen til en sådan tilbageholdenhed bestemt ikke et manglende ønske om en effektivbeskyttelse af grundlæggende rettigheder. Det er nærmere behovet for forudsigelighed, retssikkerhed og, på forfatningsniveau, magtadskillelæren. Grundlove har en tendens til at være ret abstrakte og derfor vage, og det samme gælder chartret. De har generelt brug for yderligere lovgivningsmæssige foranstaltninger for at give dem et indhold, der kan gøres til genstand for domstolsprøvelse. Udstyres disse bestemmelser med horisontal direkte virkning i sig selv, med rettigheder og forpligtelser for private, vil det åbne døren for ekstreme former for retslig kreativitet<sup>71</sup>.

142. For det tredje kan det være fristende, siden indholdet af de rettigheder og forpligtelser, der udspringer af chartret, er uklare, at lede efter svar i den relevante afledte ret. Når foreneligheden af national ret med chartrets bestemmelser (princippet om forrang) bedømmes, henviser Domstolen ganske rigtigt til anvendelse af chartret og generelle principper »henset til« eller »sammenholdt med« afledt ret<sup>72</sup>. Der synes at være en voksende mængde praksis fra Domstolen, som reelt indbygger det (ofte sofistikerede) indhold fra direktiver til bestemmelser i chartret, før disse anvendes horisontalt<sup>73</sup>.

143. Der er ikke tvivl om, at det nogle gange rent faktisk er afgørende at anvende den afledte ret til at afklare, hvad det (acceptable) indhold af en rettighed eller et generelt princip på et givent tidspunkt kunne være<sup>74</sup>. Imidlertid er der en forskel mellem en kritisk komparativ analyse af et (antal af) afledte retsakter for at kunne bestemme, hvad en generel tendens måtte være, og den faktiske ukritiske og direkte »translitteration« af indholdet af et direktiv ind i en bestemmelse i chartret.

144. De forfatningsmæssige såvel som de praktiske problemer ved den sidstnævnte tilgang er talrige<sup>75</sup>. Skal den direkte virkning af chartrets bestemmelser reelt gøres afhængig af, hvorvidt og hvilken afledte retsakter der er vedtaget inden for et givent område? Vil den (manglende) eksistens af direkte virkning af chartret således indirekte blive besluttet af EU-lovgiver? Bør chartret på denne måde kunne »miste sin karakter af forfatning«? I stedet for at opstille en målestok for bedømmelsen af den afledte ret skal chartret så kunne fastlægges og domineres af den? Hvis ikke, og bestemt hvis *ikke altid*, hvornår skal den så kunne det og hvornår ikke?

145. I sidste ende er det problemet med forudsigelighed og retssikkerhed, ganske vist kombineret med et tydeligt anstrøg af omgåelse af egne tidligere pålagte begrænsninger, som fører mig til mit sidste punkt: Hvis dette rent faktisk skulle være Domstolens fremtidige tilgang, vil det måske være tilrådeligt at tage spørgsmålet om den horisontale direkte virkning af direktiver op til fornyet overvejelse.

71 – Dette er ligeledes grunden til, at Hans Kelsen, som ofte påberåbes som »faderen« af moderne forfatningsret, men som sikkert ville have været ret overrasket, hvis han så forfatningsrettens nuværende anvendelsesområde, tilbage i 1929 ønskede at udelukke den direkte virkning af »überpositiver Normen«, hvortil han ligeledes henregnede de grundlæggende rettigheder, idet han dog advarede om, at det ville give en sådan forvaltningsretlig domstol et faktisk magtmonopol inden for den statslige struktur – H. Kelsen, »Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit«. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Hæfte 5*, Berlin und Leipzig, de Guyter & Co., 1929, s. 69 og 70.

72 – Jf. dom af 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), omtalt i denne henseende i punkt 122 ovenfor. Jf. ligeledes dom af 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21) vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, »således som dette princip er konkretiseret ved« direktiv 2000/78.

73 – Jf. senest min lærde kollega, generaladvokat Bot, som foreslog Domstolen at indbygge det relevante indhold af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4.11.2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (EFT 2003, L 299, s. 9) i chartrets artikel 31, stk. 2. Denne konklusion blev begrundet med en henvisning til forklaringerne til chartret, i henhold til hvilke artikel 31, stk. 2, var »baseret på direktiv 93/104/EF« (kodificeret af direktiv 2003/88); jf. generaladvokat Bots forslag til afgørelse Bauer og Broßonn (C-569/16 og C-570/16, EU:C:2018:337, punkt 86).

74 – For et eksempel på en sådan forsigtig og afbalanceret undersøgelse; jf. dom af 15.10.2009, Audiolux m.fl. (C-101/08, EU:C:2009:626).

75 – For en detaljeret gennemgang af dette spørgsmål; jf. generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

Vedholdenheden i forhold til formelt at nægte horisontal direkte virkning af direktiver samtidig med, at himmel og jord sættes i bevægelse for at sikre, at den restriktion uanset hvad ikke har reel praktisk betydning som f.eks. ved at indbygge indholdet af direktivet ind i en bestemmelse i chartret, forekommer i tiltagende grad tvivlsom.

**c) Ingen horisontal direkte virkning, men stadig (væsentlige) virkninger**

146. Den manglende *horisontale* direkte virkning af chartrets artikel 21, stk. 1, (og for den sags skyld andre bestemmelser i chartret) betyder ikke, at disse bestemmelser ikke har nogen horisontale virkninger. Det forholder sig lige modsat. Disse virkninger er dog af en anden karakter. I forhold til national ret tjener chartret i) som et fortolkningselement til overensstemmende fortolkning af national ret, ii) som målestok for foreneligheden af EU-retten og nationale bestemmelser med den mulige konsekvens, at den nationale domstol, når nationale bestemmelser (anvendt i den sammenhæng, hvori medlemsstaten handler, inden for EU-rettens anvendelsesområde) anses for uforenelige med chartret selv i tvister mellem private, skal undlade at anvende disse bestemmelser. Sidstnævnte konsekvens er imidlertid en konsekvens af EU-rettens forrang, ikke af horisontal direkte virkning af chartrets bestemmelser. Nye enkeltstående forpligtelser for private kan ikke skabes *alene* på grundlag af chartret.

147. Ganske vist vil undladelsen af at anvende en uforenelig national bestemmelse ikke i sig selv yde umiddelbar beskyttelse til parterne. Dette er tydeligvis tilfældet i den foreliggende sag. Undladelse af anvendelsen betyder, at der helt ses bort fra de pågældende bestemmelser i national ret. Medmindre der tages en særegen, for ikke at sige besværlig og farlig, tilgang til konceptet »undladelse af anvendelse« (som f.eks. ved en selektiv overstregning af bestemte ord i den pågældende bestemmelse)<sup>76</sup>, vil undladelse af anvendelsen af den pågældende bestemmelse i den foreliggende sag indebære, at hele § 7, stk. 3, i lov om hviletid ikke anvendes. Det vil betyde, at fra det tidspunkt, hvor retten træffer afgørelse om uforenelighed, vil ingen have en helligdag langfredag.

148. En alternativ fremgangsmåde vil være at gå ud fra, at der er en ret, som har horisontal direkte virkning, til ikke at blive udsat for forskelsbehandling, og at der i denne ret er indbygget en ret til at modtage de samme rettigheder og ydelser som den begunstigede gruppe (tilpasning opad) eller til at se ens ligemænd blive behandlet lige dårligt (tilpasning nedad). Dette er bestemt antydnet i den nationale rets fjerde spørgsmål. Imidlertid vil det, hvis man går ud fra, at fremgangsmåden med at tilpasse opad bliver anvendt – hvilket jeg vender tilbage til nedenfor – stadig ikke besvare nogle af de ovenfor nævnte spørgsmål for så vidt angår karakteren af og anvendelsesområdet for de omhandlede rettigheder.

149. I stedet bør spørgsmålet efter min opfattelse forstås som et ønske om klarhed om de præcise *retsmidler*, som skal være til rådighed i sager som den foreliggende, i modsætning til et vagt sæt specifikke rettigheder (til helligdage, godtgørelse osv.). Denne fremgangsmåde findes allerede i Mangold-dommen, Kükükdeveci-dommen, DI-dommen og Egenberger-dommen, som alle bekræftede, at anvendelse af den retsstridige nationale bestemmelse skulle undlades, og at der eksisterede en ret til effektive retsmidler (ikke til »direkte horisontal virkning« af chartret). Imidlertid betyder den omstændighed, at hovedvægten i den foreliggende sag lægges på de konkrete følger af undladelsen af anvendelsen, at Domstolen skal være klar over denne sondring. Det er dette spørgsmål, som jeg nu vil behandle.

<sup>76</sup> – § 7, stk. 3, i lov om hviletid har på nuværende tidspunkt følgende ordlyd: »For medlemmer af de protestantiske kirker med augsburgsk eller schweizisk trosbekendelse, den gammelkatolske kirke og den protestantisk-metodistiske kirke er også langfredag en helligdag.« Skulle »undladelse af anvendelsen« strækkes til at ske på basis af enkelte ord i denne bestemmelse, kunne dette f.eks. indebære at slette sætningens objekt, dvs. henvisningen til medlemmer af de fire kirker (med den konsekvens, at alle får en helligdag eller en godtgørelse på langfredag), eller at strege henvisningen til medlemmer af de fire kirker og langfredag ud (med den konsekvens, at der er en helligdag med ubestemt dato – i praksis Kommissionens forslag). Imidlertid bør der stadig være en forskel mellem en undladelse af anvendelsen af en retsstridig national bestemmelse og et retsligt spil Scrabble, som tillader frembringelse af en hvilken som helst regel ved ganske enkelt at genspejle udvalgte ord, som man trækker ud af den eksisterende lovgivning.

### 3. Retsmidler

150. Chartrets artikel 21, stk. 1, giver ikke anledning til et specifikt sæt af modsvarende rettigheder/forpligtelser for arbejdsgiver og arbejdstager. Ikke desto mindre er de nationale domstole, som det særligt tilkommer at sikre den retsbeskyttelse, der for borgerne følger af de EU-retlige forskrifter, og at sikre bestemmelseernes fulde virkning<sup>77</sup>. *Et retsmiddel mod forskelsbehandlingen* skal være tilgængeligt i overensstemmelse med princippet om effektiv retsbeskyttelse<sup>78</sup>.

151. I mangel af EU-retlige forskrifter på området tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente domstole og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne. Medlemsstaterne er forpligtet til konkret at sikre, at disse rettigheder effektivt beskyttes i den enkelte sag<sup>79</sup> under overholdelse af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet<sup>80</sup>.

152. Domstolen kan ikke desto mindre give vejledning om, hvad retten til effektive retsmidler indebærer i en sag som den foreliggende. Der er to spørgsmål, med hensyn til hvilke Domstolen kan hjælpe den forelæggende ret. Dette drejer sig for det første om, hvorvidt retsmidlet indebærer, at der tilpasses opad eller nedad, a), og for det andet, hvem dette retsmiddel skal rettes mod, b).

153. I sager som den foreliggende er det min opfattelse, at hvor der er en tvist mellem private parter, og hvor kilden til forskelsbehandling findes i national lovgivning og er fastslået med henvisning til chartrets artikel 21, stk. 1 (i en abstrakt undersøgelse, som det gælder for spørgsmål 1, sammenholdt med direktiv 2000/78), kræver EU-retten ikke, at der findes et retsmiddel mod *arbejdsgiveren*. EU-retten kræver imidlertid, at den skadelidte kan anlægge erstatningssøgsmål mod *staten* for at afhjælpe overtrædelsen.

154. Før jeg går nærmere ned i disse punkter, vil jeg beskæftige mig med spørgsmålet om, hvorvidt der skal »tilpasses opad« eller »tilpasses nedad«.

#### *a) Tilpasning opad og tilpasning nedad*

155. Den nationale rets fjerde spørgsmål indeholder to løsninger på problemstillingen om forskelsbehandling i denne sag: Tilpasning opad eller tilpasning nedad.

156. Jeg vil gerne præcisere, at jeg forstår, at den forelæggende rets spørgsmål kun vedrører »overgangsperioden«, dvs. tidspunktet efter at afgørelsen om uforenelighed er truffet, men inden den nationale lovgiver fastsætter en ny ordning. For denne periode er spørgsmålet om, hvorvidt der skal tilpasses opad eller nedad, i sandhed åbent.

157. Omvendt opstår samme spørgsmål reelt ikke for fortiden, særligt ikke for forudgående år, i hvilke godtgørelsen kun blev udbetalt til en udvalgt gruppe, men ikke til andre, for tidsperioder, som endnu ikke er forældet i henhold til national ret. For disse perioder er den eneste mulighed for at afhjælpe fortiden i praksis kun at »tilpasse opad«. Den privilegerede gruppe kan ikke fratages deres

77 – Jf. dom af 5.10.2014, Pfeiffer m.fl. (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 111). Jf. ligeledes dom af 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, præmis 42).

78 – Jf. dom af 13.3.2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

79 – Jf. navnlig dom af 9.7.1985, Bozzetti (179/84, EU:C:1985:306, præmis 17), af 18.1.1996, SEIM (C-446/93, EU:C:1996:10, præmis 32), og af 17.9.1997, Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, præmis 40).

80 – Jf. navnlig dom af 16.12.1976, Rewe-Zentralfinanz og Rewe-Zentral, (33/76, EU:C:1976:188, præmis 5), af 16.12.1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, præmis 13-16, af 14.12.1995, Peterbroeck, (C-312/93, EU:C:1995:437, præmis 12), af 13.3.2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, præmis 43), og af 7.6.2007, van der Weerd m.fl. (C-222/05 – C-225/05, EU:C:2007:318, præmis 28).



begunstigelser med tilbagevirkende kraft på grund af berettigede forventninger eller rettere, rettigheder, der allerede er opnåede. Således er det eneste reelle retsmiddel mod forskelsbehandling i denne periode at tildele samme fordel til alle (men underlagt det spørgsmål, som gennemgås i det følgende afsnit om, hvem der kan blive bedt om at betale, og hvorfor).

158. Ses der nu alene på overgangsperioden, har Kommissionen med hensyn til denne periode også argumenteret for, at det rette svar ville være at tilpasse opad. Til støtte for denne argumentation har både sagsøgeren og Kommissionen henvist til retspraksis, herunder Milkova-dommen, dommen i sagen Specht m.fl. og Landtová-dommen<sup>81</sup>.

159. Det er korrekt, at Domstolen i de nævnte sager generelt bemærkede, at »hvor det konstateres, at der foreligger forskelsbehandling i strid med EU-retten, kan overholdelsen af ligebehandlingsprincippet, så længe der ikke er vedtaget foranstaltninger, som genindfører ligebehandlingen, kun sikres ved, at personer tilhørende den kategori, som forskelsbehandles, indrømmes de samme rettigheder som de personer, der tilhører den privilegerede kategori, idet disse regler er de eneste, man kan henholde sig til, når EU-retten ikke er korrekt anvendt«<sup>82</sup>.

160. Dette betyder, at når den nationale ret er stillet over for forskelsbehandling, som skyldes lovgivning, er den uundgåelige konsekvens af at undlade at anvende den modstridende bestemmelse i national ret rent faktisk, at der »tilpasses opad« indtil vedtagelsen af en lovgivning, der ikke er udtryk for forskelsbehandling (som potentielt kan tilpasse nedad)<sup>83</sup>.

161. Jeg har følgende bemærkninger hvad dette angår.

162. For det første kræver princippet om forrang, herunder chartrets forrang, at den bestemmelse i national ret, som er uforenelig med EU-retten, ikke anvendes. Dette betyder, at den retsstridige bestemmelse grundlæggende antages at forsvinde fra den nationale retsorden i situationer, hvor den strider mod EU-retten. Logisk set kan det, der er forsvundet, derfor ikke efterfølgende finde anvendelse på nogen overhovedet. Alligevel kan den samme bestemmelse, som blev fjernet, da den fandt anvendelse på nogen, på mirakuløs vis genoplives for at finde anvendelse på alle. Dette paradoks, som den situation, hvor der tilpasse opad, medfører, må anerkendes, før der kan tages stilling hertil.

163. For det andet synes den løsning, hvor der tilpasses opad som et midlertidigt automatisk retsmiddel (i modsætning til en rettighed med horisontal direkte virkning), generelt at være en bedre løsning, særligt ud fra et synspunkt om en berettiget forventning hos den begunstigede gruppe. Djævelen er imidlertid på ny i detaljen (eller i det mindste i den praktiske anvendelse). De mere komplekse sager omhandler ikke-økonomiske ydelser. I den foreliggende sag har Kommissionen i sine skriftlige indlæg anført, at § 7, stk. 3, i lov om hviletid måske nok er udtryk for en forskelsbehandling ved at give langfredag som fridag til nogle religiøse grupper, men ikke til andre. Den af Kommissionen foreslåede løsning er imidlertid ikke at udstrække langfredag til at være en helligdag for alle. Kommissionen har i stedet foreslået en retslig omarbejdelse af bestemmelsen, således at alle arbejdstagere ydes en betalt fridag for at fejre en »særligt vigtig« religiøs begivenhed, som udpeges af hver enkelt arbejdstager. »Tilpasse opad« lyder godt (i det mindste det engelske udtryk »levelling up«), men den slører en potentielt væsentlig kompleksitet, endog vilkårlighed, i sin praktiske anvendelse, ikke væsensforskelligt fra den, som allerede er fremkommet i forbindelse med spørgsmålet om horisontal direkte virkning.

81 – Jf. dom af 22.6.2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415), af 19.6.2014, Specht (C-501/12 – C-506/12, C-540/12 og C-541/12, EU:C:2014:2005), og af 9.3.2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

82 – Jf. dom af 22.6.2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415, præmis 51), af 19.6.2014, Specht (C-501/12 – C-506/12, C-540/12 og C-541/12, EU:C:2014:2005, præmis 95), og af 9.3.2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, præmis 67). Min fremhævelse.

83 – Jf. dom af 9.2.1999, Seymour-Smith og Perez (C-167/97, EU:C:1999:60).



164. For det tredje er der adskillige afgørelser fra Domstolen, hvori en variant af princippet om »tilpasning opad« er blevet artikulereet. Imidlertid har hver af disse sager forskellige kendetegn. To er særligt væsentlige, navnlig *kilden til forskelsbehandlingen og sagsøgtes identitet*.

165. I denne henseende bemærker jeg, at i alle de sager, som parterne har anført til støtte for den løsning, hvor der tilpasses opad<sup>84</sup>, var kilden til forskelsbehandlingen national ret, og den sagsøgte var staten (og tvisten drejede sig om penge<sup>85</sup>). Der er efter min opfattelse tale om den enklest mulige konfiguration (og rent faktisk den mest almindelige i Domstolens praksis)<sup>86</sup>. I sidste ende er det medlemsstaten, som må betale regningen for den forskelsbehandling, der følger af lovgivning. Dette er den klare følge af Francovich-dommen og dens efterfølgere. Statens ansvar skal i princippet udgøre et sikkerhedsnet.

166. Der findes ligeledes sager, hvor Domstolen i en tvist mellem private har henvist til princippet om, at der tilpasses opad. Imidlertid er der tale om et begrænset antal sager, som vedrører forskelsbehandling vedrørende pension<sup>87</sup> eller løn<sup>88</sup>, der generelt kan tilskrives arbejdsgiveren (og ikke udspringer af lovgivning). I relation til private tvister, hvorunder forskelsbehandling er blevet gjort gældende, har Domstolen i stedet for at foreslå, at der generelt tilpasses opad, nærmere været fokuseret på det generelle krav om, at der gives adgang til effektive retsmidler og sanktioner<sup>89</sup>.

167. For det fjerde kan jeg ikke, uden yderligere specifikke grunde, såsom den menneskelige værdighed eller en berettiget forventning, der ville forhindre, at der tilpasses nedad for en midlertidig periode i forhold til den specifikke sag, se noget principfast argument for, hvorfor den løsning, hvor der tilpasses nedad, systematisk og i alle sager vedrørende forskelsbehandling i sig selv skal være udelukket. Dette er så meget desto mere tilfældet, hvor den ydelse, der er tildelt den begunstigede gruppe, ikke er repetitiv, eller hvor den er repetitiv, men hvor der ikke er skabt et afhængighedsforhold (som f.eks. faste sociale sikringsydelser).

168. I relation til den foreliggende sag, hvad skulle så være den specifikke (yderligere) grund til reelt at underkende den konklusion, at den retsstridige bestemmelse skal »undlades anvendt«, og erstatte den med den konklusion, at bestemmelsens personlige anvendelsesområde skal forstørres 50 gange<sup>90</sup>?

169. Det storsindede ved at erklære, at alle skal stilles bedre, er måske personligt tilfredsstillende, men næppe retlig fyldestgørende, når der ikke tages hensyn til økonomisk bæredygtighed<sup>91</sup>. Jeg vil gerne fremhæve, at økonomiske argumenter selvfølgelig ikke kan begrunde forskelsbehandling. Imidlertid giver dette ikke i sig selv en positiv begrundelse for at tilpasses opad.

84 – Jf. fodnote 81 ovenfor.

85 – En fremragende fungibel fordel modsat f.eks. retten til en helligdag eller retten til at være ansat.

86 – Andre domme, der gentager »Landtová; Specht; Milkova-varianten« af princippet, hvor der tilpasses opad, har også staten som den sagsøgte; jf. dom af 12.12.2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, præmis 42, af 21.6.2007, Jonkman m.fl. (C-231/06 – C-233/06, EU:C:2007:373, præmis 39), af 28.1.2015, Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38, præmis 46), og af 14.3.2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, præmis 30). Se også mere snævert formulerede varianter vedrørende f.eks. forskelsbehandling med hensyn til løn, dom af 7.2.1991, Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, præmis 18), og af 17.4.1997, Evrenopoulos (C-147/95, EU:C:1997:201, præmis 42). Forskelsbehandling, som udspringer af kollektive aftaler, er også almindelig og omfattes i praksis af forskelsbehandling, der følger af lovgivning, og Domstolen anvender en bredere formuleret variation af det princip, hvorefter der tilpasses opad; jf. f.eks. dom af 20.3.2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, præmis 72).

87 – Jf. dom af 28.9.1994, van den Akker (C-28/93, EU:C:1994:351), af 28.9.1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348), og af 28.9.1994, Avdel Systems (C-408/92, EU:C:1994:349), som også teknisk vedrørte en ikke-statslig pensionsordning, som var en »udliciteret« pension i den forstand, at indbetalingerne til ordningen erstattede indbetalinger til den statslige pensionsordning.

88 – Jf. dom af 8.4.1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56).

89 – Jf. dom af 10.4.1984, Harz (79/83, EU:C:1984:155), og af 8.11.1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383).

90 – Jeg bemærker, at Kommissionen i sit mundtlige indlæg argumenterede for udvidelsen af helligdagen langfredag/godtgørelsen for medlemmer af de fire kirker (ca. 2% af befolkningen) til hele den østrigske arbejdsstyrke og at gøre det samme for Jom Kippur.

91 – I retsmødet blev udgiften til at udvide godtgørelsen til at omfatte alle arbejdstagere vurderet til 600 mio. EUR om året (for Jom Kippur ville der formodentlig være tale om et lignende beløb).

170. Beskyttelsen af medlemmerne af de fire kirkers religionsfrihed giver heller ikke noget klart svar. I denne sammenhæng bemærker jeg, at § 8 i lov om hviletid pålægger arbejdsgiverne en pligt til at udvise omhu, som reelt kræver, at de på rimelig vis imødekommer deres arbejdstageres behov for religionsdyrkelse. Hvorfor vil dette, hvis det er tilstrækkeligt for andre minoritetsreligioner i Østrig med hensyn til deres særlige religiøse højtider, ikke være tilstrækkeligt for medlemmerne af de fire kirker? Omvendt står det ikke klart, hvordan den omstændighed, at der »tilpasses opad«, måske ved at betale alle østrigske ansatte dobbelt eller ved at give dem en fridag på langfredag, på nogen måde vil fremme religionsfriheden.

171. I lyset af det ovenstående er det min opfattelse, at det i den foreliggende sag ikke er muligt blot at besvare den forelæggende rets spørgsmål ved at fastslå, at den eneste rette vej at gå er at »tilpasse opad«. Det er en tilgang, som Domstolen har i retssager mod staten, hovedsagelig vedrørende sociale sikringsydelse, og som ikke generelt kan overføres til horisontale tvister. Ydermere vil det, under de foreliggende omstændigheder, udgøre et alt for forenklet svar, der maskerer visse kompleksiteter, som er af stor praktisk betydning. I stedet finder jeg, at udgangspunktet i dette tilfælde bør tages i Domstolens praksis vedrørende effektive retsmidler.

### ***b) Effektive retsmidler (og sagsøgtes identitet)***

172. Selv om chartrets artikel 21, stk. 1, ikke har horisontal direkte virkning, bør den problematiske nationale bestemmelse undlades anvendt (det første spørgsmål). Spørgsmålet om, hvorvidt der skal tilpasses opad eller nedad, er blevet gennemgået ovenfor. I dette afsluttende afsnit vil jeg vende mig mod spørgsmålet om, hvem det er der skal afhjælpe skaden. Der er i det væsentlige to muligheder: i) arbejdsgiveren (som så kan rette sig mod staten), eller ii) staten (som bør sagsøges direkte af arbejdstageren). Efter min opfattelse er det korrekte svar det sidste: staten.

#### *i) Retsmidler mod arbejdsgiveren*

173. Indebærer retten til effektive retsmidler i sager som den foreliggende, hvor sagsøgeren har været udsat for forskelsbehandling i national lovgivning, som er anvendt af en arbejdsgiver, at arbejdstageren skal have adgang til et retsmiddel mod denne arbejdsgiver?

174. Generaladvokat General Cruz Villalón talte udtrykkeligt for denne løsning i sit forslag til afgørelse i AMS-sagen. Han fandt, at det var »rimeligt, at erstatningssøgsmålet skal rettes mod den part, som har nydt godt af den ulovlige adfærd, og ikke mod indehaveren af den rettighed, der er opstået som følge af konkretiseringen af »princippet« indhold»<sup>92</sup>. Den arbejdsgiver, der findes ansvarlig, kunne herefter rette sig mod staten.

175. Medmindre jeg tager fejl, tog Domstolen aldrig direkte stilling til dette punkt. Imidlertid kan DI-dommen også fortolkes således, at den stiller et sådant krav<sup>93</sup>.

176. Sådan en tilgang kunne bestemt begrundes i effektiviteten (af beskyttelsen af arbejdstageren). Det kan være billigere og hurtigere (og mindre afskrækkende) for arbejdstageren at sagsøge arbejdsgiveren frem for staten. Moralsk set har arbejdstageren lidt skade på grund af den forskelsbehandlende bestemmelse og fortjener beskyttelse. Der vil sandsynligvis, som anført af den lærde generaladvokat Cruz Villalón, være en ulovlig fordel, som arbejdsgiveren har opnået som følge af forskelsbehandlingen, der skal udlignes. Overordnet set forventes arbejdsgiveren at være i en relativ magtposition.

92 – Jf. forslag til afgørelse Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, punkt 79).

93 – Jf. dom af 19.4.2016 (C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 42).

177. Således synes de argumenter, der taler for at fastslå, at der ved forskelsbehandling i arbejdsforhold altid skal være et retsmiddel direkte mod arbejdsgiveren, i det væsentlige at kredse om tre faktorer: *kilde*, *culpa* og *fordel*, eventuelt kombineret med argumentet om *styrke* og (indbygget) *ulighed*.

178. På et generelt plan er disse argumenter bestemt velbegrundede for en bestemt form for forskelsbehandling, nemlig den som, i det mindste delvis, kan tilskrives en bestemt arbejdsgiver. Imidlertid står disse argumenter over for en række logiske vanskeligheder i en sag som den foreliggende, hvor der er en tvist mellem private vedrørende en forskelsbehandling på grund af religion, der direkte hidrører fra de nationale bestemmelser.

179. For det første er *kilden* til overtrædelsen i den foreliggende sag national ret. Der var ikke tale om noget skøn eller en selvstændig beslutning truffet af arbejdsgiveren. Arbejdsgiveren anvendte simpelthen den bindende nationale lovgivning. En sådan situation er ret forskellig fra dem, hvor Domstolen krævede, at der skulle være adgang til et retsmiddel mod arbejdsgiveren, men i de situationer var kilden til forskelsbehandlingen også arbejdsgiverens egne beslutninger<sup>94</sup>.

180. For det andet er dette forbundet med faktoren *culpa*. Hvilken culpøs handling skal arbejdsgiveren betale for? Anvendelse af gældende national ret? I sager, hvor Domstolen har taget stilling til påstået forskelsbehandling fra arbejdsgivernes side, som er i strid mod EU-retten, er det ofte blevet anført, at sanktionen, som pålægges for overtrædelsen, skal være effektiv, forholdsmæssig og have *afskrækkende virkning*<sup>95</sup>. Medmindre arbejdsgivere må forventes at opføre sig som forfatningens politifolk med en positiv forpligtelse til at opdage og aktivt anfægte national ret, som de finder måske kunne stride mod bestemmelser i chartret, forsvinder rationalet om afskrækkende virkning. Eller har arbejdsgiver handlet culpøst ved ikke at anfægte foreneligheden af national lovgivning med chartrets artikel 21, stk. 1, og direktiv 2000/78? I praksis skal en arbejdsgiver således kunne forudse, hvad der vil opstå efter kulminationen på en mangeårig proces med involvering af en medlemsstats øverste domstol, Domstolens Store Afdeling og mange andre lærde advokater og dommere, som har givet deres input på mange forskellige stadier.

181. For det tredje kan jeg ligeledes ikke se, hvilken fordel arbejdsgiveren ville have opnået ved at være nødt til at betale visse af sine ansatte dobbelt eller endog ved at være forpligtet til at give dem en betalt helligdag på langfredag. Medmindre, hvis der anlægges en mere tvivlsom fortolkning, den omstændighed, at man er afstået fra at have betalt de øvrige 98% af arbejdstagerne det samme, kan klassificeres som en ulovlig »fordel«, som arbejdsgiverne har opnået på uretmæssig vis, kan jeg kun se, at arbejdsgiveren pålægges byrder.

182. For det fjerde er der argumentet om relativ *svaghed*. Dette argument har, i modsætning til de tre andre, i det mindste en smule vægt. Det kan endog anses som noget, der overtrumfer alle de andre betragtninger: På grund af den indbyggede ulighed i et ansættelsesforhold bør det altid være arbejdsgiveren, der betaler regningen, uanset omstændighederne.

94 – F.eks. i dom af 8.11.1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383), hvori sagsøgerens jobsøgning blev afvist, fordi hun var tre måneder henne i sin graviditet. Hendes lykkelige omstændigheder blev ikke desto mindre klassificeret som »sygdom« i henhold til national ret. Siden den mulige arbejdsgiver var fuldt ud klar over hendes »sygdom«, ville arbejdsgiveren skulle have finansieret hendes barselsorlov uden assistance fra staten, hvis man havde ansat hende, hvilket arbejdsgiveren ikke ønskede at gøre. I national ret indeholdt således en (betydelig) negativ økonomisk faktor i forhold til at ansætte gravide kvinder. Det stod imidlertid også klart, at beslutningen i sidste ende om, hvordan og hvorvidt den diskriminerende nationale bestemmelse blev anvendt i den konkrete sag, lå hos arbejdsgiveren.

95 – Jf. dom af 10.4.1984, von Colson og Kamann (14/83, EU:C:1984:153), hvori Domstolen har fundet, at EU-retten kræver, at der i national ret eksisterer en mulighed for at anlægge erstatningskrav mod private for overtrædelse af EU-retten, har den insisteret på de kompensatoriske og *afskrækkende* målsætninger med et sådant retsmiddel. Jf. dom af 20.9.2001, Courage og Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, præmis 27).

183. Dette argument skjuler et dybt *ideologisk* valg om risici og fordeling af omkostninger<sup>96</sup>. Desuden er det nok sikkert at gå ud fra, at ikke alle arbejdsgivere i Østrig eller andre steder i Den Europæiske Union er store anonyme multinationale selskaber. Mange virksomheder drives af enkeltpersoner eller et lille antal personer. Hvorfor skal de bære omkostningerne ved at have anvendt mangelfulde bestemmelser i nationalret?

184. Det er bestemt korrekt, at sådanne spørgsmål alligevel bliver irrelevante, når arbejdsgiveren i første række bliver bedt om at betale regningen ganske enkelt af den grund, at han er arbejdsgiver. Dette er et indlysende argument, men også et, som jeg vil henstille til, at man ikke følger ukritisk.

185. På baggrund af ovenstående grunde er det ikke min opfattelse, at EU-retten *kræver*, at der skal være et effektivt retsmiddel mod arbejdsgiveren i sager som den foreliggende, hvor arbejdsgiveren har handlet i overensstemmelse med national ret, men hvor den omhandlede nationale lovgivning findes at være uforenelig med chartrets artikel 21, stk. 1, (sammenholdt med direktiv 2000/78). For at gøre det klart finder den konklusion anvendelse på tvister mellem *private*, men ikke hvor sagsøgte er staten (i sin egenskab af arbejdsgiver). Imidlertid er EU-retten ikke *til hinder for* et retsmiddel, heller ikke mod *private* arbejdsgivere, i tilfælde af, at sådanne retsmidler ville være tilgængelige i henhold til nationalret.

#### *ii) Erstatningssøgsmål mod staten*

186. Der er en forskel, som er anerkendt i Domstolens praksis, mellem forskelsbehandling, der har sin oprindelige kilde hos *lovgiver* (som det er tilfældet i hovedsagen), og den, som hidrører fra *arbejdsgiveren*<sup>97</sup>. Lad mig inspirere af Kommissionens overbevisende argumentation i Dekker-sagen<sup>98</sup>: »Det er rimeligt at spørge, hvorvidt arbejdsgiveren efter omstændighederne med rimelighed kan forventes enten at helt at se bort fra den diskriminerende nationale lovgivning, eller at indbringe sagen for domstolene med påstand om uforenelighed med direktivet eller lovgivningen om ligebehandling [i Dekker-sagen] af mænd og kvinder. Udfaldet af en sådan sag vil imidlertid være meget usikkert; under alle omstændigheder vil et krav af denne art være ensbetydende med at pålægge arbejdsgiveren en forpligtelse, som burde bæres af staten.«

187. Der er andre grunde til, at det ikke vil være hensigtsmæssigt for EU-retten at kræve, at der er adgang til et retsmiddel mod en privat arbejdsgiver under sådanne omstændigheder, og til at den effektive retsbeskyttelse i praksis bør tage form af et erstatningssøgsmål mod staten. De fleste af disse er en afspejling af argumenter, som allerede er behandlet i det foregående afsnit.

188. For det første er der et simpelt moralsk argument, som allerede er undersøgt under overskrifterne kilde og culpa i det foregående afsnit. Den primære aktør, der er ansvarlig for forskelsbehandlingen, er staten. Alt andet lige står det ikke klart, hvorfor omkostningen for den culpøse handling i første række skal bæres af arbejdsgiveren.

189. Det moralske argument er på linje med det strukturelle argument. Hvis den retsstridige nationale bestemmelse, som konsekvens af EU-rettens forrang og en abstrakt prøvelse af foreneligheden, undlades anvendt, kan både den culpøse handling og det deraf følgende lovgivningsmæssige tomrum klart tilregnes medlemsstaten.

96 – Det kan ikke antages, at nogen, enhver eller endog de fleste arbejdsgivere med succes vil kunne anlægge erstatningssøgsmål mod staten. Man må således rimelighed erkende, at valget af, hvem der skal være sagsøgte i en sag som den foreliggende, reelt indebærer en stillingtagen til, hvem der skal bære omkostningerne.

97 – Jf. punkt 50-52 ovenfor.

98 – Som opsummeret i rapporten fra retsmødet. Jf. A. Ward, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 57.



190. For det andet vil det ikke have afskrækkende virkning<sup>99</sup> at pålægge arbejdsgiverne ansvaret i første række, og det kan endog reducere den afskrækkende effekt for så vidt angår den reelt ansvarlige part: staten. Lovgivningsmæssige ændringer kræver, at der lægges et pres på staten.

191. For det tredje vil der, hvis arbejdstagere skal søge kompensation ved at anlægge sag mod deres arbejdsgivere, og arbejdsgiverne herefter skal anlægge sag mod staten, blive dobbelt procesførelse. Når den skadelidte part vender sig direkte mod den ansvarlige part i stedet for mellemmanden, som ikke har gjort noget forkert, vil en runde af retssager blive undgået.

192. For det fjerde har Domstolen i forbindelse med tvister, hvor overensstemmende fortolkning af et direktiv ikke er mulig, konsekvent afvist muligheden for, at en privat person kan påberåbe sig direktivet over for en anden privatperson. Der skal være et retsmiddel, men det findes i form af et erstatningssøgsmål mod staten<sup>100</sup>. Det står ikke klart, hvorfor dette principielt skulle ophøre med at være tilfældet, når chartrets bestemmelser påberåbes parallelt hermed. Dette burde sikre sammenhængen i strukturen af tilgængelige retsmidler i (horisontale) privatretlige forhold, når der påberåbes EU-retlige kilder, som ikke er givet horisontal direkte virkning.

193. For det femte og til sidst er der et andet element af overordnet sammenhæng, som taler for den tilgang til retsmidler, der argumenteres for her. Det hænger atter sammen med sammenligningsgrundlaget. Jeg har foreslået, at i sager, hvor der foretages en abstrakt vurdering af foreneligheden, er grupperne det relevante sammenligningsgrundlag<sup>101</sup>. Det er fuldstændigt på linje med den omstændighed, at kilden til forskelsbehandlingen findes i national ret og ikke i en beslutning fra arbejdsgiverens side. Af denne grund var identiteten af de øvrige arbejdstagere hos arbejdsgiveren (Cresco Investigation) ikke afgørende, ej heller hvorvidt arbejdstageren blev behandlet anderledes sammenlignet med dem.

194. Dette spørgsmål vil imidlertid blive ret væsentligt med en fuld genåbning af den forbundne diskussion om sammenligningsgrundlag, hvis sagsøgeren blev henvist til at anlægge sag mod arbejdsgiveren med påstand om, at han blev forskelsbehandlet af arbejdsgiveren<sup>102</sup>. Hvis det antages, at den enkelte arbejdsgiver ikke har nogen medlemmer af de fire kirker ansat i arbejdsstyrken<sup>103</sup>, vil det logiske forsvar naturligvis være, at arbejdsgiveren ikke forskelsbehandlede nogen, fordi alle ansatte blev behandlet fuldstændigt ens. Hvordan kan en sådan arbejdsgiver da holdes ansvarlig for en forskelsbehandling, som det var fuldstændigt umuligt for ham at begå?

195. De sidste to punkter understreger på ny behovet for logisk konsekvens, uanset hvilken tilgang Domstolen i sidste ende vælger, navnlig på to plan: For det første inden for den foreliggende sag (typen af prøvelse relaterer sig til sammenligningsgrundlaget, som igen påvirker retsmidlerne) og for det andet horisontalt i forhold til de tilgængelige retsmidler for overtrædelser af bestemte EU-retlige kilder.

196. Af de grunde, som er beskrevet i dette og i de foregående afsnit, er jeg af den opfattelse, at private personer kan påberåbe sig chartrets artikel 21, stk. 1, [sammenholdt med artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78] for at få uforenelige nationale bestemmelser tilsidesat. Imidlertid kræver EU-retten ikke, at omkostningerne ved statens undladelse af at sikre foreneligheden af national ret med chartret i første omgang skal bæres af *private* arbejdsgivere, som anvender denne national ret.

99 – Jf. punkt 180 ovenfor.

100 – Jf. dom af 19.11.1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 45), og af 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 50).

101 – Jf. punkt 45-54 ovenfor.

102 – Jeg har en mistanke om, at dette element til dels forklarer forvirringen vedrørende spørgsmålet om sammenlignelighed (jf. punkt 46-48 ovenfor).

103 – Hvilket statistisk set, ikke kun for Cresco Investigation, men også for en række andre østrigske arbejdsgivere, forekommer ret sandsynligt. Det er blevet bekræftet, at medlemmerne af de fire kirker udgør omkring 2% af den østrigske arbejdsstyrke.



#### 4. Konklusion på det fjerde spørgsmål

197. I lyset af det ovenstående foreslår jeg, at den forelæggende rets fjerde spørgsmål besvares som følger:

»Under omstændigheder som i den foreliggende sag, som vedrører en retssag mellem private:

- Så længe lovgiver ikke har tilvejebragt en ordning, som ikke er udtryk for forskelsbehandling, skal de bestemmelser i national ret, som findes at være uforenelige med chartrets artikel 21, stk. 1, sammenholdt med artikel 1, artikel 2, stk. 2, litra a), og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78/EF, undlades anvendt.
- Chartrets artikel 21, stk. 1, sammenholdt med artikel 1, artikel 2, stk. 2, litra a), og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78, kan ikke i sig selv skabe forpligtelser for arbejdsgiveren.
- En part, som har lidt tab som følge af en sådan anvendelse af national ret, kan ikke desto mindre påberåbe sig Domstolens dom af 19. november 1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428), med henblik på i givet fald at opnå erstatning for den lidte skade.«

#### V. Forslag til afgørelse

198. Jeg foreslår derfor at Domstolen besvarer spørgsmålene fra Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig) som følger:

- »1) Artikel 21, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, sammenholdt med artikel 1 og artikel 2, stk. 2, litra a), i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, skal fortolkes således, at de er til hinder for en national ordning, hvorefter langfredag udelukkende er en helligdag med en uafbrudt hvileperiode på mindst 24 timer for medlemmer af de protestantiske kirker med augsburgsk eller schweizisk trosbekendelse, den gammelkatolske kirke og den protestantisk-metodistiske kirke, og hvorefter en arbejdstager, der er medlem af én af disse kirker, som arbejder på trods af, at der er tale om en helligdag, foruden kravet på vederlag for det arbejde, der ikke kræves udført som følge af helligdagen, også har krav på vederlag for det faktisk udførte arbejde, hvorimod andre medarbejdere, som ikke er medlemmer af disse kirker, ikke har denne ret.
- 2) Under omstændigheder som i den foreliggende sag udgør en national ordning, hvorefter kun medlemmer af bestemte kirker, der arbejder langfredag ydes en godtgørelse af den type, som er beskrevet i det første spørgsmål, ikke en foranstaltning, som i et demokratisk samfund er nødvendig for at beskytte andres rettigheder og friheder som omhandlet i direktiv 2000/78.
- 3) En national ordning, hvorved der tildeles en godtgørelse af den type, der er beskrevet i det første spørgsmål, udgør ikke en positiv særbehandling og særforanstaltning som omhandlet i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78.
- 4) Under omstændigheder som i den foreliggende sag, som vedrører en retssag mellem private,
  - skal de bestemmelser i national ret, som findes at være uforenelige med chartrets artikel 21, stk. 1, sammenholdt med artikel 1, artikel 2, stk. 2, litra a), og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78, så længe lovgiver ikke har tilvejebragt en ordning, som ikke er udtryk for forskelsbehandling, undlades anvendt

- kan chartrets artikel 21, stk. 1, sammenholdt med artikel 1, artikel 2, stk. 2, litra a), og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2000/78, ikke i sig selv skabe forpligtelser for arbejdsgiveren
- kan en part, som har lidt tab som følge af en sådan anvendelse af national ret, ikke desto mindre påberåbe sig Domstolens dom af 19. november 1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428), med henblik på i givet fald at opnå erstatning for den lidte skade.«