



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEEK
MICHAL BOBEK
esitatud 25. juulil 2018¹

Kohtuasi C-193/17

Cresco Investigation GmbH
versus
Markus Achatzi

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Oberster Gerichtshof (Austria kõrgeim üldkohus))

Eelotsusetaotlus – Võrdne kohtlemine töö saamisel ja kutsealale pääsemisel – Liikmesriigi õigusnorm, mis näeb piiratud hulgale töötajatele ette teatavad õigused – Võrreldavus – Otsene diskrimineerimine usutunnistuse alusel – Põhjendatus – Positiivne toimimisviis – Euroopa Liidu põhiõiguste harta horisontaalne kohaldamine – Põhiõiguste harta horisontaalne vahetu õigusmõju – Liikmesriigi tööandjate ja kohtute kohustused olukorras, kus liikmesriigi õigus ei ole kooskõlas põhiõiguste harta artikli 21 lõikega 1 ja direktiivi 2000/78/EÜ artikli 2 lõike 2 punktiga a

I. Sissejuhatus

1. Austria õiguse kohaselt on suur reede (tasustatud) riigipüha ainult nelja kiriku liikmetele. Kui aga nende kirikute liikmed sel päeval siiski töötavad, makstakse neile kahekordset töötasu. Markus Achatzi (edaspidi „hageja“) on Cresco Investigations GmbH (edaspidi „kostja“) töötaja. Hageja ei ole ühegi kõnealuse kiriku liige. Seetõttu ei võimaldanud kostja talle 2015. aasta suurel reedel tasustatud puhkepäeva ega kahekordset töötasu.

2. Hageja esitas kostja vastu hagi, nõudes kõnealust lisatöötasu, mida ta oleks väidetavalt pidanud saada suurel reedel töötamise eest, ja väitis, et asjakohased Austria õigusnormid on töötingimuste ja -tasu suhtes usutunnistuste ja veendumuste alusel diskrimineerivad. Selles kontekstis soovibki Oberster Gerichtshof (Austria kõrgeim üldkohus) Euroopa Kohtult vastust sisuliselt küsimusele, kas selline vaidlusalune riigisisene õigusnorm nagu põhikohtuasjas on ELi õiguse tähenduses diskrimineeriv ja kui, siis mida võib selline tuvastus tähendada aja jaoks enne seda, kui Austria seadusandja võttis vastu uue, mittediskrimineeriva õigusnormi: kas suure reedega seotud õigused, nende hulgas (tööandja makstavatele) lisatöötasule peaks olema kõigil töötajatel või mitte ühelgi neist?

3. Oma küsimustes viitab eelotsusetaotluse esitanud kohus „harta artiklile 21 koostoimes“ direktiiviga 2000/78/EÜ². Teatavat laadi *de facto* sisu- ning harta teatava sätte ja seda väljendava teisese õigusnormi kohaldamisparalleelsus ei ole Euroopa Kohtu praktikas igatahes mitte midagi uut. Kui kõne all on liikmesriigi õigusnormi *abstraktne* kooskõla hartaga ja mõne ELi õigusaktiga,³ võib

¹ Algselt: inglise.

² Nõukogu 27. novembri 2000. aasta direktiiv 2000/78/EÜ, millega kehtestatakse üldine raamistik võrdseks kohtlemiseks töö saamisel ja kutsealale pääsemisel (EÜT 2000, L 303, lk 16; ELT eriväljaanne 05/04, lk 79).

³ Küsimuse kohta, kas ühe või teise omadusega riigisisene õigusnorm on üldiselt ja eelkõige sõltumata sellest, mis laadi õigussuhtes seda on riigisisese õiguses kohaldatud, ELi õigusega kooskõlas – vt viimase aja kohtupraktikast nt 19. juuli 2017. aasta kohtuotsus Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

teisejärguline olla küsimus, mida täpselt konkreetsel juhul kohaldatakse. Käesolevas asjas aga on Euroopa Kohtult palutud täpselt vastust küsimusele, millised on seda laadi vastuolu tagajärjed konkreetse (horisontaalse) õigussuhte jaoks; sellele vastamiseks tuleb omakorda kindlaks määrata, millega täpselt see riigisisene õigusnorm on vastuolus sellises õigussuhtes.

II. Õiguslik raamistik

A. ELi õigus

1. Põhiõiguste harta

4. Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“) artikli 21 lõige 1 sätestab: „Keelatud on igasugune diskrimineerimine, sealhulgas diskrimineerimine soo, rassi, nahavärvuse, etnilise või sotsiaalse päritolu, geneetiliste omaduste, keele, usutunnistuse või veendumuste, poliitiliste või muude arvamuste, rahvusvähemusse kuulumise, varalise seisundi, sünnipära, puute, vanuse või seksuaalse sättumuse tõttu“.

5. Harta artikli 52 lõige 1 sätestab: „Hartaga tunnustatud õiguste ja vabaduste teostamist tohib piirata ainult seadusega ning arvestades nimetatud õiguste ja vabaduste olemust. Proportsionaalsuse põhimõtte kohaselt võib piiranguid seada üksnes juhul, kui need on vajalikud ning vastavad tegelikult liidu poolt tunnustatud üldist huvi pakkuvatele eesmärkidele või kui on vaja kaitsta teiste isikute õigusi ja vabadusi“.

2. Direktiiv 2000/78

6. Direktiivi 2000/78 artiklid 1, 2 ja 7 sätestavad:

„Artikkel 1

Eesmärk

Käesoleva direktiivi eesmärk on kehtestada üldine raamistik, et võidelda usutunnistuse või veendumuste, puude, vanuse või seksuaalse sättumuse alusel diskrimineerimise vastu töö saamisel ja kutsealale pääsemisel ning tagada liikmesriikides võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamine.

Artikkel 2

Diskrimineerimise mõiste

1. Käesoleva direktiivi kohaldamisel tähendab „võrdse kohtlemise põhimõte“, et ei esine otsest ega kaudset diskrimineerimist ühelgi artiklis 1 nimetatud põhjusel.

2. Lõike 1 kohaldamisel:

- a) peetakse otseseks diskrimineerimiseks seda, kui ükskõik millisel artiklis 1 nimetatud põhjusel koheldakse ühte inimest halvemini, kui on koheldud, koheldakse või võidakse kohelda teist inimest samalaadses olukorras;
- b) peetakse kaudseks diskrimineerimiseks seda, kui väliselt neutraalne säte, kriteerium või tava seab konkreetse usutunnistuse või veendumuste, puude, vanuse või seksuaalse sättumusega isikud teistega võrreldes ebasoodsamasse olukorda, välja arvatud juhul, kui

[...]

5. Käesolev direktiiv ei piira siseriikliku õigusega sätestatud meetmeid, mis demokraatlikus ühiskonnas on vajalikud avaliku julgeoleku ja korra tagamiseks, kuritegude ennetamiseks, tervise ning teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitseks.

[...]

Artikkel 7

Positiivne toimimisviis

1. Silmas pidades täieliku võrdõiguslikkuse tegelikku tagamist, ei takista võrdse kohtlemise põhimõte ühtki liikmesriiki säilitamast või kehtestamast erimeetmeid ükskõik millise artiklis 1 nimetatud põhjusega seotud halvemuse ärahoidmiseks või heastamiseks.

[...]“

B. Austria õigus

7. Töö- ja puhkeaja seaduse (Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz), *BGBI.* Nr. 144/1983, muudetud) § 7 lõikes 2 on loetletud 13 riigipüha, mis hõlmavad kõiki töötajaid. Seaduse § 7 lõige 3 näeb ette, et suur reede on samuti riigipüha evangeelse kiriku (Augsburgi usutunnistus ja Helveetsia usutunnistus), vanakatoliku kiriku ja Ühinenud Metodisti Kiriku liikmetele.

8. Töö- ja puhkeaja seaduse § 9 näeb sisuliselt ette, et töötajal, kes riigipühal ei tööta, on ikkagi õigus saada selle päeva eest täistöötasu (§ 9 lõige 1), ja töötajal, kes töötab, topelttöötasu (§ 9 lõige 5).

III. Asjaolud, menetlus ja eelotsuse küsimused

9. Iga töötaja, kes teeb Austrias tööd ühel 13 tasustatud riigipühast, saab lisaks tavalisele töötasule tasu puhkepäeval töötamise eest samasuurusel summas (edaspidi „puhkepäevatasu“), mis tähendab praktikas, et ta saab nendel päevadel töötamise eest topelttöötasu. Kuna aga suur reede on tasustatud riigipüha ainult nelja kiriku liikmetele, on sellel päeval õigus tasustatud riigipühale või töötamise puhul lisaks oma palgale puhkepäevatasule ainult nendel.

10. Hageja on kostja töötaja. Ta ei ole ühegi kõnealuse kiriku liige. Seetõttu ei võimaldanud kostja talle 2015. aasta suurel reedel, s.o 3. aprillil 2015 tasustatud riigipüha kasutamist, samuti ei makstud talle tehtud töö eest puhkepäevatasu.

11. Oma hagiga nõuab hageja kostjalt brutosummat 109,09 eurot koos viivistega. Õigusnormid, mille kohaselt on suurel reedel puhkepäev ainult nelja kiriku liikmetel ja mis annavad õiguse saada sellel päeval töötamise korral puhkepäevatasu, põhjustavad töötingimuste või töötasu osas ebavõrdset kohtlemist usutunnistuse ja veendumuste alusel.

12. Kostja vaidleb sellele vastu ja väidab, et hagi tuleb jätta rahuldamata ning kohtukulud hageja kanda. Ta väidab, et diskrimineerimist ei esine.

13. Esimese astme kohus jättis hagi rahuldamata, lähtudes sellest, et suurt reedet käsitlevate õigusnormide puhul on tegemist erinevate olukordade ebavõrdse käsitlemisega, mis on objektiivselt põhjendatud.

14. Apellatsioonikohus rahuldab hageja apellatsioonkaebuse ja muutis esimese astme kohtu otsust nii, et rahuldab hageja nõude. Apellatsioonikohus lähtus sellest, et Austria õigusnormid, mis sätestavad ebavõrdse kohtlemise suurel reedel, on vastuolus harta artikliga 21, mis on vahetult kohaldatav. Nagu ta tuvastas, oli tegemist asjaomase töötaja otsese diskrimineerimisega usutunnistuse alusel, mis on põhjendamatu. Seega ei saa suur reede kui riigipüha olla võimaldatud ainult konkreetsele töötajaterühmale, millest tuleneb, et hagejal, kes oli 3. aprilli 2015. aasta suurel reedel töötanud, oli samuti õigus puhkepäevatasule.

15. Oberster Gerichtshof (Austria kõrgeim üldkohus) peab nüüd lahendama kostja kassatsioonkaebuse apellatsioonikohtu otsuse peale, millega kostja nõuab esimese astme kohtu otsuse õigeks tunnistamist ja seega hagi rahuldamata jätmist. Seega otsustas ta menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas liidu õigust, eelkõige põhiõiguste harta artiklit 21 koostoimes direktiivi 2000/78/EÜ artikliga 1 ja artikli 2 lõike 2 punktiga a tuleb tõlgendada nii, et töötaja ja tööandja vahelises kohtuvaidluses seoses eraõigusliku töösuhtega on nende sätetega vastuolus riigisisene õigusnorm, mille kohaselt on ainult evangeelse kiriku (Augsburgi usutunnistus ja Helveetsia usutunnistus), vanakatoliku kiriku ja Ühinenud Metodisti Kiriku liikmete jaoks ka suur reede puhkepäev vähemalt 24tunnise järjestikuse puhkeajaga, ja juhul, kui töötaja peab hoolimata puhkepäeval ette nähtud puhkeajast töötama, on tal lisaks tasule puhkepäeva töttu ära jäänud töö eest õigus ka töötasule töötamise korral, aga muudel töötajatel, kes ei ole nimetatud kirikute liikmed, seda õigust ei ole?
2. Kas ELi õigust, eelkõige põhiõiguste harta artiklit 21 koostoimes direktiivi 2000/78/EÜ artikli 2 lõikega 5 tuleb tõlgendada nii, et esimeses küsimuses kirjeldatud riigisisese õigusnormi, mis – arvestades elanikkonna koguarvu ja asjaolu, et sellest suurem osa kuulub roomakatoliku kirikusse – annab ainult teatavate (muude) kirikute suhteliselt väikesearvulisele liikmeskonnale teatavad õigused, ei mõjuta eespool viidatud direktiiv seetõttu, et tegemist on meetmega, mis on demokraatlikus ühiskonnas vajalik teiste inimeste õiguste ja vabaduste, eelkõige usukommete täitmise vabaduse kaitseks?
3. Kas ELi õigust, eelkõige põhiõiguste harta artiklit 21 koostoimes direktiivi 2000/78/EÜ artikli 7 lõikega 1 tuleb tõlgendada nii, et esimeses küsimuses kirjeldatud riigisisene õigusnorm kujutab endast positiivset toimumisviisi esimeses küsimuses loetletud kirikute liikmete täieliku võrdõiguslikkuse tagamiseks tööelus, et ära hoida või heastada nende liikmete usutunnistusega seotud halvemusi, kui sellega antakse neile tööajal samasugune õigus kasutada usuvabadust kõnesoleva religiooni jaoks tähtsal pühal, nagu see muul juhul antakse suuremale osale töötajatele teatava muu riigisisese õigusnormi alusel sel viisil, et nende kirikute religioossetel pühadel, mille liikmete hulka suurem osa töötajatest kuulub, üldjuhul ei töötata.
4. Kui leitakse, et tegemist on diskrimineerimisega direktiivi 2000/78/EÜ artikli 2 lõike 2 punkti a tähenduses:

Kas ELi õigust, eelkõige põhiõiguste harta artiklit 21 koostoimes direktiivi 2000/78/EÜ artikliga 1 ja artikli 2 lõike 2 punktiga a ning artikli 7 lõikega 1 tuleb tõlgendada nii, et seni kui seadusandja ei ole loonud diskrimineerimisvaba õiguslikku olukorda, peavad eraõiguslikud tööandjad tagama kõikidele töötajatele olenemata nende usutunnistusest esimeses küsimuses kirjeldatud õigused ja nõuded seoses suure reedega, või tuleb esimeses küsimuses nimetatud riigisisene õigusnorm jätta kohaldamata, mistõttu ei tule esimeses küsimuses kirjeldatud õiguseid ja nõudeid seoses suure reedega tagada ühelegi töötajale?“

16. Kirjalikud seisukohad on esitanud hageja ja kostja, Austria, Itaalia ja Poola valitsus ning Euroopa Komisjon. Samad menetlusosalised esitasid 10. aprillil 2018 toimunud kohtuistungil ka oma suulised seisukohad.

IV. Hinnang

A. Sissejuhatus

17. Ma leian, et olukorras, kus suur reede on tasustatud riigipühana võimaldatud ainult nelja kiriku liikmetele, kel on sel päeval töötamise korral ka õigus puhkepäevatasule, on tegemist usutunnistuse tõttu diskrimineerimisega harta artikli 21 lõike 1 tähenduses ja otsese diskrimineerimisega direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punkti a tähenduses (eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimene küsimus, mida käsitlen allpool C osas). Selline diskrimineerimine ei saa olla põhjendatud (teine küsimus, D osa). Ka ei tundu olevat võimalik liigitada seda „positiivseks toimeviisiks“ (kolmas küsimus, E osa).

18. Minu arvates on käesolevas asjas keerulisem küsimus hoopis see, milline õigusmõju on seda laadi (abstraktsel) diskrimineerimisjärgel, mis on tehtud direktiivi (millel ei ole eraisikutevahelistes suhetes vahetut horisontaalset õigusmõju) ja harta sätte põhjal, eraõiguslike isikute vahelistes vaidlustes. ELi õiguse esimuse põhimõtte nõuab, et Austria õigusnorm tuleb jätta kohaldamata. Kuid kas sellest põhimõttest või harta artikli 21 lõikest 1, millel võib olla vahetu horisontaalne õigusmõju, saab järeldada ka seda, et (eraõiguslik) tööandja on ELi õiguse kohaselt kohustatud lisaks tavalisele töötasule maksma puhkepäevatasu igale töötajale, kes töötab suurel reedel, ja nimelt sõltumata tema usulistest veendumustest? Minu arvates ei saa. ELi õiguse kohaselt peavad aga töötajale sellegipoolest olema võimaldatud tõhusad õiguskaitsevahendid, mille hulka võib kuuluda võimalus esitada kahjutasunõue asjaomase liikmesriigi vastu (neljas küsimus, F osa).

19. Enne, kui hakkan eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimusi näidatud järjekorras analüüsima, käsitlen Itaalia ja Poola valitsuse poolt viitega ELTL artiklile 17 tõstatatud küsimust Euroopa Kohtu pädevuse kohta.

B. Euroopa Kohtu pädevus

20. Poola valitsus väidab oma kirjalikes ja suulistes seisukohtades, et õigusnormid, mis reguleerivad käesolevas asjas suurt reedet kui riigipüha, on õigusnormid, mis reguleerivad kõnealuse nelja kiriku ja Austria riigi vahelisi suhteid. Seega on need hõlmatud ELTL artikli 17 lõikes 1 osutatud „staatusega“, mis siseriikliku õiguse kohaselt on liikmesriikides kirikutel ja usuühendustel või -kogukondadel. Seetõttu ei ole Euroopa Kohus pädev eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimustele vastama. Kohtuistungil esitas Itaalia valitsus ELTL artiklile 17 viidates sarnased argumendid. Tema järeldus oli, et Euroopa Kohus peaks eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimustele vastama kinnitusega, et riigipühade või puhkepäevatasu õiguse ainult teatavatele usukogukondadele andmise üle on pädevad otsustama ainult liikmesriigid.

21. Minu arvates tuleb need argumendid tagasi lükata.

22. Kohtuotsuses Egenberger sedastas Euroopa Kohus, et „ELTL artikkel 17 väljendab liidu neutraalsust küsimuses, kuidas liikmesriik korraldab oma suhteid kirikute, usuühenduste või kogudustega“. ⁴ Kohtujurist Tanchev lisas samas kohtuasjas esitatud ettepanekus, et neutraalsusenõue ei tähenda, et riigi ja kiriku vahelised suhted on „mis tahes olukorras“ ELi põhiõigustele vastavuse (või

⁴ 17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 58).

üldse ELi õiguse täitmise) hindamisest täielikult vabastatud.⁵ Kohtuotsuses Egenberger kinnitas Euroopa Kohus tõepoolest sõnaselgelt, et „[ELTL artikkel 17 ei võimalda] olukorda, kus direktiivi 2000/78 artikli 4 lõikes 2 nimetatud kriteeriumide täitmise üle tõhusat kohtulikku kontrolli et teostatagi“.⁶

23. Üldisemalt on kohtujuristid oma ettepanekutes kohtuasjades Achbita ja Egenberger arvanud, et „ELTL artikkel 17 täiendab ELL artikli 4 lõiget 2 ja annab sellele konkreetse mõju“. Viimati nimetatud sättest „[ei saa] järeldada, et teatavad aine- või tegevusvaldkonnad oleks direktiivi 2000/78 kohaldamisalast välistatud“.⁷

24. Samamoodi järeldas Euroopa Kohus kohtuotsuses Congregación de Escuelas Pías de Betania,⁸ et ELTL artikli 17 lõige 1 ei saa kuidagi takistada ELi riigiabi eeskirjade kohaldamist kirikute tulu suhtes. ELTL artikli 17 lõike 1 küsimust Euroopa Kohus oma otsuses ei käsitlenudki,⁹ isegi kui teatavast perspektiivist vaadates oleks selles kohtuasjas võinud arvata, et sisuliselt on kõne all kiriku ja riigi vahelised rahalised suhted või küsimused, millel on suured tagajärjed kirikute rahalise olukorra jaoks.

25. Pilt, mis selle kohtupraktika põhjal välja kujuneb, on üpris selge: ELTL artikli 17 lõige 1 kinnitab tõepoolest ELi õiguse neutraalsust kirikute staatuse suhtes ja kohustab ELi seda staatust mitte piirama. Minu arusaamist mööda on Euroopa Liit end liikmesriikide ja kirikute vaheliste suhete küsimuses selle kitsamas mõttes kuulutanud täiesti neutraalseks, isegi agnostiliseks: näiteks küsimuses, kas liikmesriik on usuküsimuses võtnud rangelt neutraalse hoiaku või kas tal on olemas riigikirik. Seda laadi neutraalsusetunnistus on tähtis *põhimõtteavaldus*. Kui sellest kitsast tõlgendusest kaugemale minna, võib selline neutraalsusetunnistus olla ka üldkohaldatav *tõlgendamisalus*, nagu seda on tegelikult ka teised ELTL II jaotisega („Üldkohaldatavad sätted“) teistes ELi õiguse valdkondades hõlmatud väärtused ja huvid: samadel asjaoludel tuleb eelistada ELi õiguse sellist tõlgendust, mis vastab nende sätetega hõlmatud väärtustele või huvidele kõige paremini.

26. Kuid kui need kaks mõõdet kõrvale jätta, ei saa ELTL artikli 17 lõiget 1 minu arvates tõlgendada nii, et selles tulenevalt jäävad liikmesriikide *kõik* õigusnormid, mis käsitlevad riigi suhteid kirikutega või nende staatust, lihtsalt ELi õiguse kohaldamisalast välja. Seda samal põhjusel, nagu maksuvabastused ei jää ELi riigiabi õigusnormide kohaldamisalast välja pelgalt põhjusel, et need on seotud mõne kirikuga, või nagu vein ei ole hõlmatud aluslepingu eeskirjadega kaupade vaba liikumise kohta pelgalt põhjusel, et see on pühitsetud ja seda kasutatakse jumalateenistustel. Lihtsalt öeldes ei saa „staatuse austamise“ nõuet pidada „grupierandiks“, mis hõlmab kõike kirikutega või usukogukondadega seotut.

27. Seepärast jääb mulle arusaamatuks, kuidas saab õigusnormi puhul, mis näeb kõikidele tööandjatele (olenemata sellest, mis usku need on, kui üldse) ette kohustuse võimaldada tasustatud puhkepäev nelja kiriku liikmetest töötajatele (või sel päeval töötavatele nende kiriku liikmetele puhkepäevatasu), olla ELTL artikli 17 lõike 1 alusel täielikult välistatud selle kooskõla hindamine hartaga või direktiiviga 2000/78.

28. ELTL artikli 17 lõike 1 sellist tõlgendust toetab lisaks tõsiasi, et ELTL artikli 17 lõige 2 laiendab sarnase neutraalsusetagatise filosoofilistele ja mitteusulistele organisatsioonidele. Kuna Euroopa Liit on ELTL artikli 17 lõikega 2 võtnud endale kohustuse tagada selliste organisatsioonide staatuse „samavõrra austamise“, oleks iga hüpoteetiliselt kirikutele ja usuühendustele või -kogukondadele tagatud „erand“

5 Kohtujurist Tanchevi ettepanek kohtuasjas Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, punkt 93; vt ka punkt 88).

6 17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 58).

7 Kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, punkt 32); kohtujurist Tanchevi ettepanek kohtuasjas Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, punkt 95).

8 27. juuni 2017. aasta kohtuotsus (C-74/16, EU:C:2017:496).

9 Vt aga kohtujurist Kokott'i ettepanek selles kohtuasjas (C-74/16, EU:C:2017:135, punktid 29–33).

automaatselt kohaldatav ka kõigi filosoofiliste organisatsioonide suhtes (mõiste, mis on suures osas määratlemata ja jäetud liikmesriikide reguleerida). Seega rõhutab artikli 17 lõige 2 veel kord asjaolu, et selle sätte mõte ei saa olla jätta liikmesriikide ja selliste organisatsioonide vahelised – olgu siis otsesed või kaudsed – suhted ELi õiguse kohaldamisalast välja.

29. Eespool kirjeldatud arvesse võttes soovitan Euroopa Kohtul lükata tagasi Itaalia ja Poola valitsuse argumentid selle kohta, et Euroopa Kohus ei ole eelotsuse küsimustele pädev vastama või et need jäävad Euroopa Liidu kohtuvõimu pädevusalast välja.

C. Esimene küsimus

30. Oma esimese küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas harta artikli 21 lõikega 1 ja direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punktiga a on vastuolus selline riigisisene õigusnorm, mis näeb ette, et suur reede on tasustatud puhkepäev ainult nelja kiriku liikmetele ja et neile tuleb sel päeval töötamise korral maksta puhkepäevatasu.

31. Leian, et selline õigusnorm on nimetatud sätete tähenduses diskrimineeriv.

32. Üldjuhul on otsese diskrimineerimisega tegemist siis, kui isikut i) koheldakse halvemini ii) kui samas olukorras teist isikut iii) mõne kaitstud aluse (käesolevas asjas usutunnistus) tõttu iv) ilma, et selline erinev kohtlemine oleks objektiivselt õigustatud.¹⁰

33. Punktis iv osutatud põhjendus on eelotsusetaotluse esitanud kohtu teise küsimuse teema (D osa allpool).

34. Mis puudutab aga punkte i ja iii, siis minu arvates on selge, et käesolevas asjas toimub halvem kohtlemine usutunnistuse tõttu. Halvemini koheldakse neid töötajaid, kes ei ole kõnealuse nelja kiriku liikmed ja saavad seetõttu suurel reedel töötamise korral tavalise või „ühekordse“ töötasu, samal ajal kui nende nelja kiriku liikmetest töötajad saavad sisuliselt topelttöötasu. Hageja ei ole aga käesolevas asjas väitnud, et tasustatud puhkepäeva võimaldamata jätmine kõigile neile, kes ei ole nende nelja kiriku liikmed, oleks samuti ebasoodsam kohtlemine usutunnistuse tõttu.¹¹

35. Diskrimineerimisanalüüsi viimane element, s.o võrreldavus, on käesolevas asjas keerulisem küsimus. Selle puhul on vaja täpsustada kaht asja. Esiteks: keda võrreldakse, kas üksikisikuid või isikute rühmi (2)? Teiseks: millised on sellisel juhul võrdluse alused? Kui üldistatud peab see võrdlemine olema (3)?

36. Enne, kui asun neid küsimusi põhjalikumalt analüüsima, pean alustuseks esitama mõned selgitused analüüsi parameetrite kohta (1).

1. Analüüsi parameetrid: kontrolli laad, kohaldatav õigus ja asjaomase hüve täpne laad

37. Esiteks on eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimene ja neljas küsimus kahekihilised. Esimene kiht puudutab kooskõla *abstraktset* hindamist ja eelotsusetaotluse esitanud kohus palub seeläbi kontrollida ühe riigisisese õigusnormi kooskõla harta artikli 21 lõikega 1 koostoimes direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punktiga a. Teine kiht, millele eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab oma esimeses küsimuses

10 Vt viimase aja kohtupraktikast nt 5. juuli 2017. aasta kohtuotsus Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, punktid 29–31) ja 12. detsembri 2013. aasta kohtuotsus Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, punkt 31), mõistagi selle erinevusega, et harta puhul peab igasugune selline põhjendamine olema kooskõlas harta artikli 52 lõikega 1 ja direktiivi 2000/78 puhul selle artikli 2 lõikega 5.

11 Ma käsitlen seda erisust nende kahe vahel lähemalt allpool punktides 40–44 ja 82–86.

ja sõnastab selle siis neljandas küsimuses, seisneb tõsiasjas, et põhikohtuasjas on menetlemisel eraõiguslike isikute vaheline vaidlus. Kui peaks selguma, et liikmesriigi õigus, nagu seda on eelotsusetaotluses kirjeldatud, on vastuolus ELi õigusega, siis mis tagajärg oleks sellisel tuvastusel *tegelikult* seda laadi suhte jaoks?

38. Käsitlen neid kaht kihti käesolevas ettepanekus teineteisest lahus. Tõsiasi, et nad on tegelikult omavahel läbi põimunud, on käesolevas menetluses tekitanud üpris palju segadust nii õiguskaitsevahendite tasandil kui ka võrreldavuse küsimuse käsitlemisel. Seepärast on vastus, mille käesolevas B osas soovitan anda eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimesele küsimusele, üldine ja puudutab ainult õigusnormide kooskõla (abstraktset) hindamist. Mida mis tahes selline tuvastus võib tähendada konkreetsetes asjas, seda käsitlen neljanda küsimuse analüüsis (F osa).

39. Teiseks on selle teemaga seotud kohaldatava õiguse küsimus. Varem, kui Euroopa Kohtul on palutud hinnata, kas mõni riigisisene õigusnorm on harta artikli 21 lõikega 1 ja direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punktiga a vastuolus, on ta hinnanud sisulist kooskõla direktiivi selle sättega ja laiendanud sama analüüsi ka harta artikli 21 lõikele 1.¹² Tõepoolest, kooskõla abstraktseks hindamiseks sobivad mõlemad ELi õiguse allikad.¹³ Neil põhjustel võtan eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimesele kuni kolmandale küsimusele vastamisel mõlemat paralleelselt arvesse. Neljandale küsimusele vastamisel muutub olukord siiski pisut keerulisemaks.

40. Kolmandaks tuleb diskrimineerimist analüüsida „asjaomast hüvitist silmas pidades“.¹⁴ Käesolevas asjas on nelja kiriku liikmetele antud erinevad „hüved“ (ja kõik teised neist ilma jäetud): a) tasustatud puhkepäev ja b) puhkepäevatasu, kui kiriku liige sel päeval töötab.

41. Leian, et käesoleva asja lahendamiseks on vaja käsitleda ainult väidet, et kõnealune puhkepäevatasu on diskrimineeriv. Eelotsusetaotluses kirjeldatud asjaoludest nähtubki, et põhikohtuasja hageja *ei nõua suurt reedet tasustatud puhkepäevaks*. Ta nõuab hoopis *puhkepäevatasu* sel päeval töötamise eest.

42. Seega seisneb halvem kohtlemine,¹⁵ mida hageja ette heidab ja millega seoses tuleb diskrimineerimist analüüsida, konkreetset kõnealuse puhkepäevatasu maksmata jätmises. Samamoodi mõistan ma ka eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimest küsimust, kus see viitab konkreetset töö- ja puhkeaja seaduse nii § 7 lõikele 3 kui ka § 9 lõikele 5 (mis näevad ette, et riigipühal töötamise eest tuleb maksta topelttöötasu) ja mitte § 7 lõikele 3 ning § 9 lõikele 1 (mis annavad töötajale õiguse töötasule, isegi kui see riigipühal ei tööta).

43. Saan väga hästi aru, et kõik need sätted on Austria õiguses omavahel seotud. Kui mõni päev on Austria õiguses kuulutatud riigipühaks, hakkab toimima kogu riigipühade süsteem, mis hõlmab mõlemat õigust: töötajate õigust töötasule, isegi kui need riigipühal ei tööta, ja õigust topelttöötasule, kui need sellel päeval töötavad (puhkepäevatasu). Kuid just selles seisnebki osa probleemist: kui mingid hüved või õigused on riigisisese õiguse toimimise tulemusel *ühe ja sama põhjendusega* kokku pandud, on neid hiljem raske üksteisest lahus hoida ja mitte arvesse võtta kõiki tagajärgi, mis on nende toimimisele riigisiseses õiguses ette nähtud.

44. Täielikkuse huvides pöördun siiski käesoleva osa lõpus tasustatud puhkepäeva küsimuse juurde tagasi.¹⁶

12 Viimase aja praktikast nt 19. juuli 2017. aasta kohtuotsus Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, punktid 16–18 ja 47).

13 Põhjalikumalt vt minu ettepanek kohtuasjas Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:235, punktid 20–36).

14 19. juuli 2017. aasta kohtuotsus Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, punkt 25). Vt ka 1. oktoobri 2015. aasta kohtuotsus O (C-432/14, EU:C:2015:643, punkt 32).

15 Eespool punktis 32 kirjeldatud diskrimineerimistunnuse (i) tähenduses.

16 Allpool punktid 82–86.

2. Keda võrrelda: üksikisikuid või isikute rühmi?

45. Hageja, kostja, Austria valitsus ja komisjon leiavad kõik, et võrrelda tuleks samu rühmi, s.o i) kõnealuse nelja kiriku liikmeid ja ii) hagejat *kui isikut, kes ei ole ühegi kõnealuse nelja kiriku liige*.

46. Pärast seda lihtsat üksmeelt hakkasid aga tekkima eriarvamused. Konkreetselt väljendati erinevaid seisukohti küsimuses, kas võrdlema peaks konkreetset hagejat kui üksikisikut või hagejat kui rühma esindajat.

47. Komisjon võrdleb hagejat oma kirjalikes seisukohtades kõnealuse nelja kiriku liikmetega. Pärast seda võrdleb ta kõnealuse nelja kiriku liikmetega muid, hüpoteetilisi töötajate rühmi ja leiab, et küsimus, kas sellistel juhtudel on riigisisesed õigusnormid diskrimineerivad, on liikmesriigi kohtute lahendada. Ka teised menetlusosalised ei piirdu võrdlemisel ainult hagejaga. Näiteks kostja võrdleb kõnealuse nelja kiriku liikmeid selliste töötajate „enamikuga“, kes saavad oma usku praktiseerida (kui see neil olemas on) neile juba ette nähtud riigipühade ajal.

48. Komisjon märkis lisaks, et tema arvates *ei ole* kõnealuse nelja kiriku liikmetele võimaldatud tasustatud puhkepäeva puhul tegemist *hageja* diskrimineerimisega, kelle puhul komisjon eeldab, et see on ateist. Euroopa Kohtule pole hageja usuliste veendumuste kohta tõepoolest esitatud muid andmeid kui ainult see, et hageja ei ole ühegi kõnealuse nelja kiriku liige.

49. Komisjoni põhjendus tõstab esile ühe huvitava asjaolu. Komisjon kaldub riigisisesete meetmete, nagu neid on kirjeldatud eelotsusetaotluses, ELi õigusega kooskõla hindamise küsimusest kõrvale ja vaatlleb täpsemalt hageja konkreetset juhtumit. Seejuures aitab ta rõhutada mõtet, mida käsitlesin eespool:¹⁷ ELi õigusega vastuolus oleva diskrimineeriva meetme olemasolu küsimus (mis on eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimese küsimuse teema ja mille puhul on vajalik kooskõla üldine, abstraktne hindamine) on küsimus, mida on parem hoida lahus mis tahes sellise seadusandliku diskrimineerimise tagajärgedest konkreetset juhul (mis on neljanda küsimuse teema).¹⁸

50. Seda loogikat toetavad süsteemselt kohtuasjad, kus Euroopa Kohtul on palutud hinnata seadusandliku diskrimineerimise juhtumeid. Euroopa Kohus on oma praktikas vahet teinud „otseselt õigusnormidest või kollektiivlepingutest tuleneval diskrimineerimisel“ ja tööandjapoolsel diskrimineerimisel „samas ettevõttes“. Teisisõnu on ta eristanud ühelt poolt *seadusloomepoolset* diskrimineerimist ja teiselt poolt *tööandjapoolset* diskrimineerimist.¹⁹

51. Käesolevas asjas tuleneb väidetav diskrimineerimine *õigusnormidest* ja Euroopa Kohtul on palutud hinnata nende normide kooskõla ELi õigusega. Seda laadi olukorras lähtub Euroopa Kohus oma analüüsis õigusnormides määratletud rühmadest. Tõsiasi, et konkreetne hageja kuulub mõnda sellisesse rühma, aitab muidugi kindlaks määrata ühe võrdlemisel kasutatavatest rühmadest. Sellise hageja konkreetne olukord võib samuti illustreerida konkreetset juhul hinnatavate üldiste eeskirjade tegelikku toimimist. Sellegipoolest jääb kehtima tõde, et see, mida seadusandliku diskrimineerimise korral mis tahes sellise abstraktse hindamise raames võrreldakse ja mis moodustab võrreldavusanalüüsi raamistiku, on isikute rühmad, mitte üksikisikud.

¹⁷ Käesoleva ettepaneku punktid 37 ja 38.

¹⁸ Vt sellega seoses kohtuotsus Feryn, kus diskrimineerimine seisnes tööandja poliitikas mitte võtta tööle sisseerandajaid ja kus Euroopa Kohus järeldas, et diskrimineerimise olemasolu saab tuvastada *ka juhul, kui kannatanud isikut ei ole tuvastatud* (10. juuli 2008. aasta kohtuotsus (C-54/07, EU:C:2008:397, punkt 40)).

¹⁹ Vt nt 8. aprilli 1976. aasta kohtuotsus Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, punkt 40) ja 17. septembri 2002. aasta kohtuotsus Lawrence jt (C-320/00, EU:C:2002:498, punkt 17).

52. Nii oli see näiteks kohtuotsustes Mangold ja Küçükdeveci, kus Euroopa Kohus käsitles vanuselise diskrimineerimise teemat.²⁰ Mõlemas kohtuasjas väitis hageja, et teda on tema vanuse tõttu diskrimineeritud. Riigisisese õigusega oli *nende vanuserühma kuuluvatele inimestele* ette nähtud väiksem kaitse kui *teistele vanuserühmadele*. Nende tööandja oli nende suhtes kohaldanud just neid nõrgemaid norme. Euroopa Kohus jõudis järeldusele, et asjaomased *riigisisesed õigusnormid* on diskrimineerivad ja ELi õigusega vastuolus. Seejuures ei võrrelnud ta kummagi hageja olukorda nende kaastöötajate omaga. Ta võrdles hoopis väiksema kaitsega vanuserühmale ette nähtud kohtlemist suurema kaitsega vanuserühmale ettenähtuga (ehk vaidlustatud õigusnormidega abstraktselt määratletud rühmi).²¹

53. Euroopa Kohtu lähenemisviis sellistes asjades tõstab esile tõsiasja, et õiguslik analüüs on selgelt abstraktset laadi ehk riigisisesest õigusnormide ELi õigusega *kooskõla üldine hindamine*, mitte selle uurimine, kas ja kuidas konkreetsest kostjast tööandja hagejaid ja selle kaastöötajaid diskrimineerib.²²

54. Minu arvates on tähtis neid asjaolusid käesolevas asjas meeles pidada. Põhjus on selles, et lisaks kooskõlale küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus oma neljandas küsimuses konkreetset selle kohta, kuidas diskrimineerimist konkreetset juhul tegelikult heastada. See küsimus tõstab esiplaanile diskrimineerimise „allika“ küsimuse ja ka küsimuse, kes „vastutab ebavõrdsuse eest ja kes võiks võrdse kohtlemise taastada“.²³

3. Mis rühmad: võrdlemine tunnuste alusel?

55. Nagu eespool märgitud, küsis enamik seisukohti esitanud menetlusosalisi, kas hageja on kõnealuse nelja kiriku liikmetega sarnases olukorras. Sellel võrdlemisel lähtuti aga erinevatest tunnustest ja erinevatest võrdlusalustest. Nii tekivad aga võrdlemiseks ka erinevad rühmad.

56. Üldjoontes pakkusid pooled oma üldistamistasemest sõltuvalt välja kolm alternatiivi:

- i) töötajad, kelle jaoks on suur reede aasta kõige tähtsam usupüha („kitsas võrdlusalus“, sisuliselt Austria valitsuse ja kostja seisukoht). Kui lähtuda sellest kitsast võrdlusalusest ja hageja poolt kohtuistungil esitatud seisukohtadest, siis ei oleks ta kõnealuse nelja kiriku liikmetega sarnases olukorras. See välistaks igasuguse võrreldavuse ja tähendaks, et diskrimineerimist ei ole;
- ii) töötajad, kelle jaoks on olemas „eriti eriline“ (usu)püha, mis ei lange kokku ühegi teise, riigisiseses õiguses juba ette nähtud riigipühaga („keskmine võrdlusalus“, sisuliselt komisjoni seisukoht). Kui lähtuda sellest võrdlusalusest, jääb põhjusel, et puudub teave hageja usuliste veendumuste kohta, selgusetuks, kas hageja oleks kõnealuse nelja kiriku liikmetega sarnases olukorras. Selle asjaolu peab lõpuks välja selgitama eelotsusetaotluse esitanud kohus;

20 22. novembri 2005. aasta kohtuotsus Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709) ja 19. jaanuari 2010. aasta kohtuotsus Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

21 Nii kohtuasjas Mangold kui ka kohtuasjas Küçükdeveci (nagu ka käesolevas asjas) kuulus hageja sellesse rühma, kellele oli ette nähtud väiksem kaitse. Euroopa Kohus on sarnast lähenemist, kuid väiksema kindlusega kasutanud küsimuse puhul, kas vaidlusalune meede on mingile rühmale tegelikult (ainult) kasulik või (ainult) kahjulik – vt 19. juuli 2017. aasta kohtuotsus Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

22 Hoopis teistsugune on lähenemine asjades, kus diskrimineerijaks on tööandja ja kus sageli tuleb kindlaks määrata konkreetsed, sooduskoheldud kaastöötajate rühmad, et üldse mingit võrdlust võimaldada. Vt selle kohta 17. septembri 2002. aasta kohtuotsus Lawrence jt (C-320/00, EU:C:2002:498) ja 13. jaanuari 2004. aasta kohtuotsus Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18).

23 17. septembri 2002. aasta kohtuotsus Lawrence jt (C-320/00, EU:C:2002:498, punktid 17 ja 18) ja 13. jaanuari 2004. aasta kohtuotsus Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, punktid 45 ja 46). See eristus mõjutab otseselt olemasolevate õiguskaitsevahendite küsimust, mida käsitlen põhjalikult punktides 172–196.

iii) töötajad, kes teevad suurel reedel tööd ja kellel tehakse sellel päeval tehtud töö eest makstava töötasu arvestamisel teiste tööandjate poolt vahet nende usutunnistuse järgi („lai võrdlusalus“, sisuliselt põhikohtuasja hageja seisukoht). Kui lähtuda sellest võrdlusalusest, oleks hageja sarnases olukorras kõnealuse nelja kiriku nende liikmetega, kes teevad suurel reedel tööd. See tähendaks põhimõtteliselt diskrimineerimist.

57. Enne kui hakkan käsitlema küsimust, milline võrdlusalus on käesolevas asjas asjakohane, pean käsitlema üht laiemat küsimust. Euroopa Kohus küsis käesoleva asja pooltele esitatud kirjalikes küsimustes, kas võrreldavust on põhimõtteliselt võimalik välistada otseselt mõne tundliku aluse tõttu, mis on nimetatud harta artikli 21 lõikes 1 ja direktiivi 2000/78 artiklis 1 (käesolevas asjas usk).

58. Kohtuasjades, kus on tegemist tundliku aluse endaga otseselt seotud erineva kohtlemisega, eeldab Euroopa Kohus järjepidevalt diskrimineerimise olemasolu.²⁴ Sellistes kontekstides ei pööra Euroopa Kohus võrreldavuse välistamise kohta esitatud argumentidele peaaegu üldse mingit tähelepanu.²⁵

59. Minu arvates ei saa aga üldistades väita, et tundlikust alusest tulenev erinev kohtlemine *peab iga juhul* olema samastatav otsese diskrimineerimisega.²⁶ Võimalust, et võrreldavus võib olla välistatud mõne tundliku aluse enda tõttu, ei saa täielikult välistada.²⁷

60. Kahtlustan, et nagu paljudel teistelgi juhtudel, on saatan peidus piasjades, s.o mis tasemel eristamise alus paika pannakse. Tundlik alus on alati abstraktne (nt usutunnistuse tõttu diskrimineerimise keeld). Kuid õigusnormid, mis määravad kindlaks võrreldavuse tingimused konkreetsetel juhtudel, on paratamatult palju üksikasjalikumad ja arvestavad sageli muude huvide ja kaalutlustega (näiteks riigipühasid ja töötasusid käsitlevad eeskirjad). Seega juhtub praktikas harva, et nii tundlik alus kui ka võrreldavuse tingimused on määratletud täpselt sama üldistatult ja täpselt sama ulatusega.

61. Sellegipoolest kinnitab eespool viidatud kohtupraktika üheselt, et selline tuginemine tundlikule alusele paneb n-ö punased tulukesed vilkuma. Võrreldavuse võimatuse järeldamine on erandlik. Kui tegemist ei ole just niivõrd ühemõttelise juhtumiga, kus asjaomased rühmad on sedavõrd erinevad, et kaob igasugune vajadus käsitleda vaidlusaluse meetme vajalikkuse või proportsionaalsuse küsimust, tuleb erinevat kohtlemist analüüsida „põhjendatuse“, mitte „võrreldavuse (võimatuse)“ tasandil.

62. Võrreldavuse ja põhjendatuse küsimuse seda laadi kattuvust, mis muudab käesoleva diskrimineerimise analüüsi olemuselt transitiivseks, on näha ka käesolevas asjas. Diskrimineerimise analüüs toimub formaalselt etapikaupa: uuritakse sarnaste olukordade olemasolu, nende rühmade erineva kohtlemise ja diskrimineerimise (sarnastes olukordades esineva erineva kohtlemise) tuvastamise korral selle põhjendatust. Kõigis etappides aga esitatakse sarnaseid küsimusi olukorra ja kohtlemiserinevuste ulatuse ja asjakohasuse kohta. Kui olukorrad loetakse piisavalt erinevaks (arvestades praktikas esineva erineva kohtlemise laadi ja ulatust), on sarnasus välistatud. Kui aga olukordi piisavalt erinevaks ei loeta (järeldus, milleni on lihtsam jõuda siis, kui erinev kohtlemine

24 8. novembri 1990. aasta kohtuotsus Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, punktid 12 ja 17); 8. novembri 1990. aasta kohtuotsus Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, punkt 13); 27. veebruari 2003. aasta kohtuotsus Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, punkt 39) ja 1. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punkt 72). Nii on see selgelt siis, kui erinev kohtlemine on otseselt seotud tundliku alusega (nt 5. juuli 2017. aasta kohtuotsus Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, punktid 32–34)). Kuid kui meetmes on pelgalt viide tundlikule alusele, ei piisa sellest iseenesest diskrimineerimise olemasolu järeldamiseks (vt 14. märtsi 2017. aasta kohtuotsus Bougnaoui ja ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204, punkt 32) ja 14. märtsi 2017. aasta kohtuotsus G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203, punkt 30)). Euroopa Kohus on sarnast lähenemisviisi kasutanud kohtuasjades, kus erinev kohtlemine on tingitud tundlikust alusest (vt nt 16. juuli 2015. aasta kohtuotsus CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punkt 91)) või puudutab see praktikas ainult tundliku aluse järgi kindlaks määratavat rühma (nt 20. septembri 2007. aasta kohtuotsus Kiiski (C-116/06, EU:C:2007:536, punkt 55)).

25 Vt nt 19. juuli 2017. aasta kohtuotsus Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, punktid 25–28). Kohtulahendi näitena, kus Euroopa Kohus võrreldavuse välistas, vt 1. oktoobri 2015. aasta kohtuotsus O (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 Teistsugust seisukohta esindas kohtujurist Sharpston oma ettepanekus kohtuasjas Bressol jt (C-73/08, EU:C:2009:396, punkt 55).

27 1. oktoobri 2015. aasta kohtuotsus O (C-432/14, EU:C:2015:643, punkt 40).

tundub esmapilgul pisut ülemäärane), on võrdlemine võimalik ja erinev kohtlemine olemas ning analüüsis liigutakse edasi põhjendatuse küsimuse juurde. Põhjendatuse hindamisel küsitakse sisuliselt, kas erinev kohtlemine vastab vaatamata sellele, et see esineb õiguse mõttes sarnastes olukordades, piisavalt ja õiglaselt nendes olukordades esinevatele faktilistele erinevustele.

63. Seda meeles pidades asungi nüüd käsitlema käesolevas asjas asjakohase võrdlusaluse küsimust.

4. Milline võrdlusalus on käesolevas asjas asjakohane?

64. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb „võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumise kindlakstegemiseks vajalikku olukordade samalaadsuse nõuet [...] hinnata kõiki neid olukordi iseloomustavaid asjaolusid arvesse võttes“.²⁸ Lisaks tuleb selle võrreldavuse hindamisel arvesse võtta asjaomaste riigisise õigusnormide eesmärki.²⁹

65. Austria valitsus on käesolevas asjas märkinud, et suur reede on kõnealuse nelja kiriku liikmete jaoks kõige tähtsam usupüha. Austria asjaomaste õigusnormide eesmärk on võimaldada sellistel isikutel osaleda sel päeval toimuvatel usuüritustel, austades nende usuvabadust.

66. Kohtupraktikast tulenevalt tuleb olukordade samalaadsust hinnata mitte üldiselt ja abstraktselt, vaid asjaomase juhtumi asjaoludest lähtudes ja „konkreetselt asjaomast [hüvet] silmas pidades“.³⁰

67. Nagu eespool juba märgitud,³¹ on asjaomane hüve käesolevas asjas mitte suur reede kui puhkepäev, vaid sellel päeval saadav puhkepäevatasu. Seda hüvet arvestades pean käesolevas asjas asjakohaseks, s.o õigeks laia võrdlusalust.

68. Puhkepäevatasu hüve tõttu saab valitud hulk suurel reedel töötavaid isikuid konkreetselt oma usu tõttu topelettöötasu. Teised isikud, kes samuti sel päeval töötavad, saavad tavalist töötasu, isegi kui nad teevad täpselt sama tööd. Seda hüvet silmas pidades ei ole nende rühmade vahel ühtki asjakohast eristustegurit. Töötasu suuruse ja usu vahel ei ole põhimõtteliselt seost.

69. Seda järeldust ei muuda minu arvates ka Austria õigusnormide eesmärk kaitsta usu- ja usutalituste vabadust. Ma ei saa lihtsalt aru, kuidas selle eesmärgiga saaks õigustada mingile konkreetsele, usu põhjal määratletud töötajate rühmale ühel konkreetsel päeval topelettöötasu maksmist. Võiks ju väita – tõsi, pisut küüniliselt –, et kõnealuse nelja kiriku nendele liikmetele, kes suurel reedel tööd teevad, ette nähtud õiguse puhul topelettöötasule on tegemist majandusliku stiimuliga, mis peaks motiveerima sellel päeval usutalitustest loobuma.

70. Vastu võib arvata, et kõnealuse nelja kiriku need liikmed, kes suurel reedel tööd teevad, on tegelikult erinevas olukorras, sest sellel päeval töötamine mõjutab neid eriti. Ses suhtes mõistan, et on sektoreid, kus tööandjad saavad isegi kõnealuse nelja kiriku liikmetelt suurel reedel töötamist nõuda. Kuid nagu eespool märgitud, on käesolevas asjas Euroopa Kohtu praktika kohaselt küsimus selles, kas asjaomased olukorrad on sarnased, arvestades riigisise õigusnormide eesmärki (mis minu arusaamist mööda on usuvabaduse kaitsmine, mitte selle arvatava tegemata jätmise heastamine) ja konkreetseid hüvesid. Meenutan lisaks, et töö- ja puhkeaja seaduse § 9 lõige 5 näeb puhkepäevatasu ette kõigile, kes riigipühadel töötavad, sõltumata sellest, kas asjaomane riigipüha on usuline või mitte.

28 1. oktoobri 2015. aasta kohtuotsus O (C-432/14, EU:C:2015:643, punkt 31).

29 1. oktoobri 2015. aasta kohtuotsus O (C-432/14, EU:C:2015:643, punkt 33).

30 1. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punkt 42); 10. mai 2011. aasta kohtuotsus Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, punkt 42); 12. detsembri 2013. aasta kohtuotsus Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, punkt 33) ja 1. oktoobri 2015. aasta kohtuotsus O (C-432/14, EU:C:2015:643, punkt 32).

31 Punktid 40–43 eespool.

71. Eespool kirjeldatud põhjustel olen arvamisel, et arvestades kõnealuse puhkepäevatasu hüvet ja asjakohaseid Austria õigusnorme, on sarnased kõik suurel reedel töötavad töötajad, keda eristatakse selle päeva töötasu arvestamisel nende usu järgi.

72. Tahaksin võrreldavuse teemal lisada veel mõne märkuse.

73. Esiteks peaks olema ilmne, et ma ei sea kahtluse alla suure reede erilist tähtsust kõnealuse nelja kiriku liikmete jaoks. On selge, et selles konkreetsetes aspektis saab neid eristada teistest, kelle jaoks suur reede nii tähtis ei ole. Sellel aspektil aga on minu arvates erinev tähendus eri liiki meetmete puhul: selle päeva töötundide vähendamine; päeva vabaks andmine, kuid põhipuhkusest mahaarvamine; päeva vabaks andmine koos töötasu säilimisega ja lisatasu maksmine sellel päeval töötamise eest. Käesolevas asjas vaidluse all olev hüve on puhkepäevatasu. Seda hüve silmas pidades võib olla, et kõnealuse nelja kiriku liikmed, kes suurel reedel tööd teevad, ei ole teiste töötajatega *täpselt samas* olukorras, kuid nende usk kui asjaolu ei ole kindlasti selline, et neid olukordi ei saaks omavahel võrrelda.³²

74. Teiseks lähtutakse riigisiseste õigusnormide ELi õigusega kooskõla hindamisel neis normides sätestatud eesmärkidest ja kategooriatest. Need eesmärgid ja kategooriad aga ei saa iseenesest olla määravad ja otsustavad. Nagu ma olen juba varem argumenteerinud:³³ kui oleks teisiti ja võrreldavuse küsimus oleks intellektuaalselt ette otsustatud vastavalt riigisisestes õigusaktides ette nähtud kategooriatele, on võimalike võrdluste kogum riigisisestes õigusaktides endis nende kohaldamisala kaudu määratletud. Niisugune hinnang jääb ringtõestuslikuks, mida ei ole õieti võimalik kontrollida.

75. Käesolevas asjas vähendab Austria õigusnormides sätestatud eesmärkide ja kategooriate kaalu võrreldavuse analüüsis oluliselt eelkõige asjaolu, et omavahel on vastuolus ühelt poolt neis normides sätestatud eesmärk kaitsta suurel reedel usutalituste pidamise õigust ja teiselt poolt sellel päeval suurema töötasu saamine.

76. Kolmandaks on käesolevas asjas kõne all olevad Austria õigusnormid väidetavalt eriti n-ö mõõtu lõigatud. Neis on sätestatud eesmärgid ja määratletud kategooriad, millest tulenevalt on ette nähtud eraldi kohtlemine isikutele, kes kuuluvad konkreetsetesse (ja Austria elanikkonnaga võrreldes ilmselt üsna väikestesse)³⁴ kristlikesse rühmadesse. Juba see annab põhjust ettevaatlikkuseks. Kui aga eeldada, et need väga spetsiifilised aspektid on tõepoolest niivõrd asjakohased ja tähtsad, et nende tõttu ei ole kõnealuse nelja kiriku liikmete olukord ülejäänutega võrreldav, siis tähendaks see, et arvatavasti on ka teiste usurühmade puhul aspekte, mis eristavad neid kõigist ülejäänutest.

77. Diskrimineerimine ei tähenda mitte ainult sama olukorra erinevat kohtlemist, vaid ka objektiivselt erinevate olukordade sarnast kohtlemist. Kui asutakse seisukohale, et kõnealuse nelja kiriku liikmete puhul on olemas asjakohased eristavad tunnused, siis tuleb põhimõtteliselt kaaluda ka iga religiooni eraldi, et määrata kindlaks, milline peaks välja nägema nende teistmoodi kohtlemine muude (tasustatud) puhkepäevade ja puhkepäevatasude poolest.³⁵ Kuid Austria riik ei ole lihtsalt valinud sellist

32 19. juuli 2017. aasta kohtuotsus Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, punkt 25).

33 Vt minu ettepanek kohtuasjas MB (C-451/16, EU:C:2017:937, punkt 47).

34 Austria valitsus selgitas oma kirjalikes ja suulistes seisukohtades, et kõnealuse nelja kiriku liikmed olid varem Austrias vähemusrühm, kelle kõige tähtsam usupüha ei olnud erinevalt katoliikliku enamuse omast riigipüha. Võib olla, et kui töö- ja puhkeaja seadusesse lisati § 7 lõige 3, moodustasid kõnealuse nelja kiriku liikmed mittekatoliiklikust elanikkonnast enamuse. Nagu aga eelotsusetaotluse esitanud kohus on kinnitanud ka oma taotluses, ei esinda nad kogu Austria mittekatoliiklikku elanikkonda, kelle hulgas on ka teiste uskude esindajaid.

35 Näitena selle kohta, kuidas saab ühtmoodi kohelda olukordi, mis on siiski usulistel põhjustel eristatavad, vt Euroopa Inimõiguste Kohtu (suurkoda) 6. aprilli 2000. aasta otsus Thlimmenos vs. Kreeka (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

lähenemist. Austria valitsus kinnitas oma kirjalikes ja suulistes seisukohtades, et Austrias kehtib kollektiivleping, mille kohaselt on juudiusuliste Yom Kippur ehk lunastuspüha puhkepäev, mis, nagu näib, hõlmab riigi majandusest ainult teatavaid sektoreid. Igatahes on see ainus muu usk, mille puhul seda laadi erinevat kohtlemist rakendatakse.³⁶

78. Viimane põhjus on lõpuks ka veel üks argument, mille pärast tuleb tagasi lükata „kitsa võrdlusaluse“ eelistamise väide, mida esindavad Austria valitsus ja kostja. Isegi kui leppida sellega, et suurel reedel usutalituste pidamise vajadus on objektiivselt ainult kõnealuse nelja kiriku liikmetel, mistõttu neid ei saa võrrelda mitte ühegi muu usurühmaga (kuna nondel ei ole eeldatavasti samasugust vajadust sellel konkreetsel päeval usutalitusi pidada), ja jätta kõrvale asjaolu, et kõnealune puhkepäevatasu pigem ei toeta seda tegevust, tekib selgesti asjaomase meetme *selektiivsuse* küsimus, mis tõstab diskrimineerimisküsimuse lihtsalt ühe taseme võrra kõrgemale. Kuidas aga on lood muude usurühmade ja -kogukondadega, kellel on samuti tähtsaid usupühasid, mida töö- ja puhkeaja seaduse § 7 lõikes 1 nimetatud ei ole?

79. Selle võrreldavuse (võrreldamatuse) loogikaga lõpuni minnes ei oleks ükski nendest rühmadest ülejäänutega võrreldav, kuna neil on objektiivne vajadus tähistada erinevaid usupühasid. Kas see tähendaks siis ka seda, et liikmesriigi seadusandja võib neist usupühadest (eeldatavasti ka eri kestusega?) riigipühaks kuulutada ainult mõned ja võib-olla isegi ette näha erinevad töötasud?

80. Kõigil neil põhjustel jõuan järeldusele, et töö- ja puhkeaja seaduse § 7 lõike 3 kohaldamine koostoimes § 9 lõikega 5 viib selleni, et hagejat koheldakse halvemini kui kõnealuse nelja kiriku liikmeid, kes teevad suurel reedel tööd ja saavad selle eest topelttöötasu. Asjaomane erinev kohtlemine on otseselt seotud usutunnistusega.³⁷

81. Minu arvates on ebaoluline, et töö- ja puhkeaja seaduse § 9 lõige 5 on tõepoolest sõnastatud pealtnäha neutraalselt, kuna eelotsusetaotlusest nähtub selgesti, et õigus selle sätte alusel saadavale puhkepäevatasule tuleneb § 7 lõikest 3. See säte ei ole enam neutraalne, vaid näeb sõnaselgelt ette eristamise usutunnistuse tõttu. Sellest tuleneva erineva kohtlemise puhul on tegemist diskrimineerimisega harta artikli 21 lõike 1 tähenduses ja otsese diskrimineerimisega direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punkti a tähenduses.

5. Tasustatud puhkepäeva hüve

82. Olen oma eespool esitatud analüüsis keskendunud diskrimineerimise küsimusele vaidlusaluse puhkepäevatasuhüve põhjal. Püüdsin käesoleva ettepaneku eelmises osas selgitada, miks just seda hüvet, mille ümber põhikohtuasjas menetlemisel olev vaidlus ju tegelikult keerleb, tuleks võrreldavuse küsimuse puhul arvesse võtta. Täielikkuse huvides käsitlen nüüd lühidalt ka tasustatud puhkepäeva hüve küsimust ja seda, kuidas sellele hüvele keskendumisel muutuks ka võrreldavuse raamistik.

83. Märkinis juba, et suure reede tähtsus kõnealuse nelja kiriku liikmete jaoks on võrreldavuse analüüsis eri hüvede puhul erineva kaaluga.³⁸ Selle päeva (tasustamata) tööst vabaks andmine on Austria õigusnormides sätestatud eesmärgiga kaitsta usuvabadust selgelt rohkem kooskõlas kui vaidlusalune puhkepäevatasu. Kohustus *maksta* suurel reedel usutalituste tõttu töölt puuduvatele töötajatele *töötasu* läheb Austria valitsuse poolt väljendatud täpsest eesmärgist pisut kaugemale, kuid on väidetavalt sellegipoolest selle eesmärgiga tihedamalt seotud kui vaidlusalune puhkepäevatasu.³⁹

36 Vt nt 1. oktoobri 2015. aasta kohtuotsus O (C-432/14, EU:C:2015:643, punkt 38). Selles lahendis analüüsis Euroopa Kohus koolis või ülikoolis käivate „noorte“ sarnasust teiste töötajatega. Ta jõudis järeldusele, et need rühmad ei ole sarnased. Seejuures võttis ta arvesse riigisiseste õigusnormide eesmärgi, kuid ei unustanud ilmselgelt ka argumentatsiooni sidusust ja muude rühmade kohtlemist.

37 Selle kohta vt kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, punkt 43).

38 Punktid 40–43 ja 73 eespool.

39 Konkreetset nende töötajate jaoks, kelle jaoks on täiendava tasuta puhkepäeva võtmine rahaliselt raske otsus.

84. Nendel kaalutlustel järeldan, et kui jutt oleks ainult tasustatud puhkepäeva hüvest, on usutavaid argumente keskmise võrdlusaluse kasutamise kasuks, nagu seda seisukohta esindab sisuliselt komisjon.

85. Sellegipoolest jääb taas alles fakt, et see, mida hageja põhikohtuasjas nõuab, ei ole tasustatud puhkepäev. Ta ei nõua ka mingi muu erilise päeva lugemist vaidlusaluse päevaga samasse kategooriasse, et see vastaks tema spetsiifilistele ja erinevatele usulistele veendumustele. Ta nõuab hoopis talle suurel reedel töötamise eest puhkepäevatasu maksmist ja seeläbi usutunnistuse tõttu diskrimineerimise lõpetamist töötasu arvestamisel.

86. Olles seega täiesti teadlik asjaomase meetme üldisest eesmärgist ja asjaolust, et käesolevas asjas vaidluse all olev tasustatud puhkepäev ja puhkepäevatasu on sisuliselt ühe ja sama mündi kaks külge, ei saa keskmine võrdlusalus, nagu arwab komisjon,⁴⁰ olla käesolevas asjas määrav. Lisaks leian samadel põhjustel kui eespool vaidlusaluse puhkepäevatasu puhul,⁴¹ et kitsas võrdlusalus, mida pooldavad Austria valitsus ja kostja, on tasustatud puhkepäeva hüve puhul samuti välistatud.

6. Ettepanek esimese küsimuse kohta

87. Eespool esitatud kaalutlusi arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimesele küsimusele järgmiselt:

Harta artikli 21 lõiget 1 koostoimes direktiivi 2000/78/EÜ artikliga 1 ja artikli 2 lõike 2 punktiga a tuleb tõlgendada nii, et nende sätetega on vastuolus selline riigisisene õigusnorm, mille kohaselt on suur reede puhkepäev vähemalt 24tunnise järjestikuse puhkeajaga ainult evangeelse kiriku (Augsburgi usutunnistus ja Helveetsia usutunnistus), vanakatoliku kiriku ja Ühinenud Metodisti Kiriku liikmete jaoks ja juhul, kui nende kirikute liige teeb hoolimata puhkepäeval ette nähtud puhkeajast tööd, on tal lisaks tasule puhkepäeva tõttu ära jäänud töö eest õigus ka töötasule töötamise korral, aga muudel töötajatel, kes ei ole nimetatud kirikute liikmed, seda õigust ei ole.

D. Teine küsimus

88. Oma teise küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas kõnealuse nelja kiriku liikmeid soodustavad meetmed saavad juhul, kui need on diskrimineerivad, olla direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 5 alusel põhjendatavad.

89. Minu arvates ei saa.

90. Kuivõrd ma soovitan esimesele küsimusele vastata nii, et käesolevas asjas vaidluse all olevad meetmed on harta artikli 21 lõikega 1 koostoimes direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punktiga a vastuolus, märgin sissejuhatuseks, et mis tahes põhjendatuse küsimust tuleb hinnata vastavalt harta artikli 52 lõikele 1 ja direktiivi artikli 2 lõikele 5. Kui jätta kõrvale formaalne aspekt seoses sellega, et direktiivi sättega ei saa ette näha erandit harta sättest, jääb siiski alles fakt, et mõlemad sätted on sõnastatud pisut erinevalt.

40 Ma ei hakka seega isegi analüüsima keskmise võrdlusaluse tõlgendamise teemat, mida oleks vaja käsitleda ja mille küsimused ei ole kindlasti lihtsad: milline päev on „eriline”? Kas vaimsel või usuliselt tähtsusel on mingi õiguslik künnis? Millised usud tuleksid arvesse ja kas seda mõtet saab üldse üle kanda teistele uskudele, kus on palju tähtsaid pühi? Mida arvata näiteks ateistide puhul, kellel on samuti päevi, mis on neile väga tähtsad? Kas katoliiklastele tuleks lisapäeva andmisest keelduda seepärast, et mitu nende erilist päeva kuulub ajaloolistel põhjustel juba 13 ametliku riigipüha hulka? Lisaks arutati kohtuistungil ka (usuliste) veendumuste tööandjale avaldamise nõude – keskmise võrdlusaluse puhul loogiline tulem – tundlikkuse teemat.

41 Punktide 76–79 eespool.

91. Sisuline analüüs mõlema sätte põhjal on aga käesolevas asjas sarnane. Põhjendus, millele mõlema sätte puhul tuginetakse, on „teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitse“. Kuna mõlemad sätted moodustavad ka erandi diskrimineerimiskeelust, tuleb neid lisaks tõlgendada kitsalt⁴² ja hinnata nende proportsionaalsust.⁴³

92. On kolm konkreetset põhjust, mis ajendavad mind järeldama, et vaidlusalune puhkepäevatasuhüve *ei saa* harta artikli 52 lõike 1 ega direktiivi artikli 2 lõike 5 alusel põhjendatav olla.

93. Esiteks ei ole ilmselge, et „teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitse“ hõlmab nende õiguste ja vabaduse piiramise hüvitamist. Minu arvates ei ole see kaitsmine, vaid kaitsmata jätmise heastamine.

94. Kui see eesmärk seda aga siiski põhimõtteliselt hõlmab, viitavad need sätted sõnaselgelt „teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitsele“. Sellega seoses meenutan, et artikli 2 lõige 5 lisati direktiivi praktiliselt viimasel hetkel Ühendkuningriigi nõudmisel,⁴⁴ ja ettevalmistavad materjalid viitavad sellele, et selle sätte mõte oli kaitsta *elanikkonda* teatavate rühmituste pahatahtliku tegevuse eest.⁴⁵

95. Mina tõlgendaksin sellist sätet samamoodi: see näeb ette *teiste inimeste* õigusi ja vabadusi hõlmava horisontaalse ja valdkonnaülese erandi, s.o sellise, mis hõlmab kogu ülejäänud ühiskonna õigusi ja vabadusi. See oleks kooskõlas erandite loogikaga: mingi koormuse või halvemuse panemine konkreetsele rühmale võib olla õiguspärane, kui see on elanikkonna üldistes huvides vajalik ja proportsionaalne. Selles staadiumis võib konkreetse (halvemuse) ja üldise (huvi) vahel toimuda teatav huvide tasakaalustamine.

96. Kui uskuda väidet, et „teised inimesed“ fraasis „teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitse“ on tegelikult selle rühma liikmed, kellele on vaidlusaluste õigusnormidega antud teatavad eelised, pöörduks see loogika pea peale. Kogu argumentatsioon muutuks tautoloogiliseks ja iga konkreetne erikord oleks põhjendatav pelgalt oma olemasoluga.

97. Teiseks on töö- ja puhkeaja seaduse § 7 lõike 3 ja § 9 lõike 5 *selektiivsus* igal juhul problemaatiline proportsionaalsuse seisukohalt, eriti oma esimeses, s.o asjakohasuse mõttes. Kuigi vaidlusaluste meetmete eesmärk on usuvabaduse kaitsmine, on nad kohaldatavad ainult teatavate rühmade suhtes. Muid vähemusi mainitud ei ole. Meenutan, et diskrimineerivate riigisiseste õigusnormide proportsionaalsuse hindamisel võtab Euroopa Kohus arvesse nende kooskõla nende eesmärgiga. Nii on ta sedastanud, et „õigusnormid on konkreetse eesmärgi saavutamiseks sobivad üksnes juhul, kui need vastavad tõepoolest huvile saavutada see eesmärk *ühtselt ja süstemaatiliselt*, ning et ühe seaduse sättest ette nähtud erandid võivad teatavil juhtudel selle ühtsust ohustada“.⁴⁶ Kuigi on tõsi, et käesolevas asjas kõne all olevad Austria õigusnormid ei sisalda erandeid teatavate rühmade kohta, on kõnealuse õiguse väga kitsalt määratletud kohaldamisala mõju praktikas sama. See jätab välja kõik peale kõnealuse nelja kiriku liikmete.

98. Seda selektiivsuse probleemi ei lahenda ka asjaolu, et muude eeskirjade alusel on võimalik usulistel põhjustel saada lühendatud tööpäeva. Sellega seoses on õige, et Austrias on olemas näiteks kollektiivleping, mille kohaselt on juudiusulistel Yom Kippur puhkepäev ja mis paneb tööandjatele kohustusele töötajatele vastu tulla.⁴⁷

42 Vt 13. septembri 2011. aasta kohtuotsus Prigge jt (C-447/09, EU:C:2011:573, punktid 55 ja 56) ja 12. detsembri 2013. aasta kohtuotsus Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, punkt 46).

43 Vt harta artikli 21 lõike 1 ja direktiivi põhjenduse 23 sõnastus. Vt ka 5. juuli 2017. aasta kohtuotsus Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, punkt 44).

44 Vt nt Ellis, E. ja Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd ed., Oxford EU Law Library, 2012, 2. tr, lk 403.

45 Kohtujurist Sharpstoni ettepanek kohtuasjas Bougnaoui ja ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553, 99. joonealune märkus).

46 5. juuli 2017. aasta kohtuotsus Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, punkt 48).

47 Töö- ja puhkeaja seaduse § 8.

99. Selle sama kollektiivlepingu kohta aga kinnitas Austria valitsus oma kirjalikes vastustes Euroopa Kohtu küsimustele, et see ei kehti kõigile sektoritele ja hõlmab taas ainult ühe eraldi usurühma liikmeid. Mis puudutab töötajatele vastu tulemise kohustust, siis ei saa töötaja õigust paluda usutalituste pärast tööpäevast mõned tunnid vabaks minu arvates lihtsalt võrrelda riigi õigusaktides või kollektiivlepingus sätestatud õigusega tasustatud riigipühale. Üldisema märkusena lisan, et isegi kui töötaja saab usutalituste pärast lühendatud tööpäeva võtta ja tööandjal on selle kohta kokkulepe teiste uskude esindajatega, ei kaasne sellega juhul, kui sellise lühendatud tööpäeva võimalust tegelikult ära ei kasutata, automaatselt õigust rahalisele hüvitisele.

100. Kolmandaks ei ole usuvabaduse kaitsmisel mingit ilmselt seost õigusega puhkepäevatasule suurel reedel töötamise korral. Samadel põhjustel leian, et puhkepäevatasu võimaldamine kõnealuse nelja kiriku nendele liikmetele, kes teevad suurel reedel tööd, on isegi siis, kui see on niivõrd selektiivne, ebaproportsionaalne selles mõttes, et see on usuvabaduse kaitsmisega seotud eesmärkide saavutamiseks harta artikli 52 lõike 1 ja direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 5 alusel *sobimatu*. Ka sellega seoses on raske aru saada, kuidas saab säte, mis näeb ette, et töötaja saab selle eest, et ta suurel reedel usutalitusi *ei* pea, topelttöötasu, sobida (isegi selektiivselt antud) usu- ja usutalituste vabaduse kaitsmiseks.

101. Märgin lõpetuseks, et kui ma olin eespool keskendunud vaidlusalusele puhkepäevatasule, siis on minu kaalutlused punktides 97 ja 98 vaidlusaluse meetme selektiivsuse kohta *tasustatud puhkepäeva hüve* puhul samuti asjakohased ning välistavad selle hüve diskrimineerivuse põhjendatuse.

102. Eespool kirjeldatud põhjustel soovitan Euroopa Kohtul vastata eelotsusetaotluse esitanud kohtu teisele küsimusele järgmiselt:

Käesolevas asjas kõne all olevat laadi asjaoludel ei ole liikmesriigi õigusnorm, mis võimaldab esimeses küsimuses osutatud liiki puhkepäevatasu ainult teatavate kirikute nendele liikmetele, kes suurel reedel töötavad, selline meede, mis on demokraatlikus ühiskonnas vajalik selleks, et tagada teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitse direktiivi 2000/78 tähenduses.

E. Kolmas küsimus

103. Oma kolmanda küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas kõnealuse nelja kiriku liikmeid soodustavad meetmed on hõlmatud positiivse toimimisviisi mõistega direktiivi 2000/78 artikli 7 lõike 1 tähenduses koostoimes harta artikli 21 lõikega 1.

104. Minu arvates ei ole.

105. Juhin sissejuhatuseks tähelepanu sellele, et harta artikli 21 lõike 1 ja direktiivi 2000/78 artikli 7 lõike 1 vaheline täpne seos ei ole kohe selge. Eelkõige ei ole kaugeltki veel lahendatud vaidlus küsimuses, kas positiivne toimimisviis on (ajutine) erand võrdsuse põhimõttest või kas see on tegelikult mingile tõeliselt sisulisele võrdsuse nägemusele omane tunnus. Käesolevas ettepanekus ei pea ma aga vajalikuks sedavõrd sügavaid küsimusi analüüsida.

106. Austria valitsus on käesolevas asjas esindanud seisukohta, et vaidlusaluseid meetmeid saab pidada positiivse toimimisviisi mõiste alla kuuluvateks selles mõttes, et need on vastu võetud selleks, et heastada varasemat halvemat kohtlemist. Austria valitsuse kirjalike seisukohtade kohaselt ei saanud kõnealuse nelja kiriku liikmed erinevalt katoliiklikust enamusest oma kõige tähtsama usupüha tähistamiseks vaba päeva ja see olukord püsis palju aastaid, kuni nõuti selle olukorra muutmist, mis juhtuski 1950. aastatel.

107. Tõsi on, et mõiste „positiivne toimumisviis“ ei ole õigusnormides ega kohtupraktikas üheselt määratletud. Seega ei ole esmapilgul ühtki sisulist ega ajalist piirangut selle kohta, mis selle mõistega võib hõlmatud olla. Sellelt pinnalt lähtudes võiks tõepoolest väita, et „ükskõik millise artiklis 1 nimetatud põhjusega seotud halvemuse ärahoidmiseks või heastamiseks“ seatud eesmärk võib hõlmata ka soovi heastada varasemat (isegi sajandeid kestnud) usutunnistuse tõttu tagakiusamist.

108. Sellegipoolest pean tunnistama, et puhtkronoloogiliselt võttes on üpris küsitav, kas abinõu, mis võeti 1950. aastatel, peeti ka toona tõepoolest „positiivseks toimumisviisiks“ selle ELi õigusesse alles aastakümneid hiljem ilmunud mõiste hoopis nüüdisaegsemas tähenduses. Seda laadi kaugelenägelikkus oleks imeline.

109. Kuid kui selle mõiste täpse määratluse puudumine ja sündmuste kronoloogia kõrvale jätta, on minu arvates kaks tungivat põhjust, miks vaidlusalune puhkepäevatasu ei saa kuuluda „positiivse toimumisviisi“ mõiste alla.

110. Esiteks on vaidlusalune meede suunatud väga konkreetsele rühmale, mis viib taas juba käsitletud küsimuseni selle *selektiivsuse* kohta ja teise taseme diskrimineerimise kohta.⁴⁸ Meetmeid ei võetud selleks, et tagada kõigi selliste rühmade täielik võrdsus, kes olid varem üldiselt halvemas olukorras või kel ei ole oma mingil tähtsal pühäl erinevalt katoliiklikust enamusest ametlikku puhkepäeva.

111. Teiseks peab igasugune positiivseks toimumisviisiks loetav meede igal juhul vastama proportsionaalsuse põhimõttele. Sellest on hiljuti saanud üldine põhimõte usuvabadusi piiravate meetmete puhul, mida hinnatakse harta ja direktiivi 2000/78 alusel.⁴⁹ Kuigi Euroopa Kohus ei ole oma praktikas positiivse toimumisviisi mõiste kohaldamise kohta teise õiguse kontekstis teinud proportsionaalsuse analüüsi, on selge, et ta hindab meetmeid eesmärgiga kindlaks määrata, kas need on arvatava halvemuse neutraliseerimiseks vajalikud.⁵⁰ Samadel põhjustel kui teise küsimuse puhul⁵¹ olen arvamusel, et vaidlusaluseid Austria õigusnorme ei saa mingil juhul pidada proportsionaalseks ja seega ei saa need olla hõlmatud positiivse toimumisviisi mõistega direktiivi 2000/78 artikli 7 lõike 1 tähenduses.

112. Märgin lõpetuseks, et kui ma olin eespool keskendunud vaidlusalusele puhkepäevatasule, siis on minu kaalutlused punktides 97, 98 ja 101 vaidlusaluse meetme selektiivsuse kohta *tasustatud puhkepäeva hüve* puhul samuti asjakohased ning välistavad selle hüve käsitlemise „positiivse toimumisviisina“.

113. Eespool kirjeldatud arvestades soovitan eelotsusetaotluse esitanud kohtu kolmandale küsimusele vastata järgmiselt:

Liikmesriigi õigusnormid, mis näevad ette esimeses küsimuses osutatud liiki puhkepäevatasu, ei ole positiivne toimumisviis direktiivi 2000/78 artikli 7 lõike 1 tähenduses.

F. Neljas küsimus

114. Oma neljanda küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kuidas peaks toimuma diskrimineerimiskeelu rikkumise heastamine, eriti eraõiguslike isikute vahelises suhtes. Enne kui hakata käsitlema küsimust, kas lahenduseks oleks vaidlusaluse puhkepäeva ja puhkepäevatasu keelamine või võimaldamine kõigile, tekib osaliselt seda vastust ennetav küsimus, mida tuleb sellises horisontaalses suhtes kohaldada ja millised oleksid selle tagajärjed.

⁴⁸ Nagu eespool punktides 76–79 ja 97–98.

⁴⁹ 17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 68).

⁵⁰ Selles mõttes vt nt 11. novembri 1997. aasta kohtuotsus Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, punkt 31).

⁵¹ Punkt 100 eespool.

115. Selle kohta leidub juhiseid Euroopa Kohtu praktikas, kus on määratletud mitu põhimõtet.

116. Esiteks ei saa direktiivi kasutada eraõigusliku isiku (nt erasektori tööandja) vastu.⁵² Kui seda siiski tehakse, saab kannatanu enda kaitseks esitada riigi vastu kahjutasunõude.⁵³

117. Teiseks saab harta artikli 21 lõikes 1 sätestatud usutunnistuse tõttu diskrimineerimise keeldu vähemalt mõnel juhul kasutada eraõigusliku isiku vastu „kombinatsioonis“ direktiiviga 2000/78, millest tuleneb liikmesriigi kohtutele keeld kohaldada kõiki selle keeluga vastuolus olevaid õigusnorme. Selles mõttes tekib harta artikli 21 lõike 1 ja direktiivi kombinatsioonist *õigus mitte olla diskrimineeritud*, millele saab liikmesriigi kohtutes vahetult tugineda isegi horisontaalse suhte korral. On aga oluline mõista selgelt, et see on ELi õiguse *esimuse* tagajärg, mitte selle vahetu õigusmõju (osa 1 allpool).

118. Kolmandaks ei ole harta artikli 21 lõikel 1 minu arvates „horisontaalset vahetut õigusmõju“ selles mõttes, et sellest ei tulene iseenesest eraõiguslikele tööandjatele mingit kindlat kohustust, mille täitmist liikmesriigi kohtud sellelt tööandjalt otse nõudma peavad, kui, nagu käesolevas asjas, diskrimineerimine lähtub liikmesriigi õigusnormidest (osa 2). Kannatanul peab siiski õiguskaitsevahendina olema võimalus esitada enda diskrimineerimise heastamiseks riigi vastu kahjutasunõue (punkt 3).

1. *Esimus*

a) *Direktiivide kombineerimine harta sätetega*

119. Euroopa Kohus on järeldust, et eespool nimetatud direktiividel ei ole horisontaalset vahetut õigusmõju, kompenseerinud mitut moodi. Sageli on ta teinud seda ELi õiguse kooskõlalise tõlgendamise kohustuse kaudu.⁵⁴ Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt aga ei kohusta see kohustus liikmesriikide kohtuid tõlgendama riigisisest õigust *contra legem*. Käesolevas asjas eelotsusetaotluse esitanud kohus on juba märkinud, et vaidlusaluste Austria õigusnormide ELi õigusega kooskõlaline tõlgendamine ei ole võimalik.

120. Selliseid kooskõlalise tõlgendamise piiranguid arvestades on Euroopa Kohus oma tõlgendusi õiguse üldpõhimõtetele⁵⁵ või hartale⁵⁶ „kombineerinud“ direktiiviga 2000/78 ja seeläbi järeldanud, et eraõiguslik isik saab vaidluses teise eraõigusliku isikuga ELi õigusega vastuolus oleva riigisisese õigusnormi kohaldamata jätmise praktikas tugineda direktiivi sisule.

121. Kohtuotsustes Mangold, Küçükdeveci ja DI⁵⁷ jõudis Euroopa Kohus järeldusele, et neis kohtuasjades kõne all olnud riigisisised õigusnormid olid direktiivi konkreetsetel asjakohaste sätetega vastuolus. Sellest tulenevalt kinnitas ta, et sellised riigisisised õigusnormid on sedavõrd, kuivõrd nad on vastuolus ELi õiguse *üldpõhimõttega*, ELi õigusega „vastuolus“ (millest tulenevalt peavad liikmesriigi kohtud need „kohaldamata jätma“ „kõrvale jätma“ või „nende kohaldamisest keelduma“). Seega kõlas järeldus, et liikmesriikide kohtud peavad riigisiseseid õigusnorme tõlgendama „nii, et neid oleks võimalik kohaldada kooskõlas selle direktiiviga, või jätma sellise kooskõlalise tõlgendamise

52 14. juuli 1994. aasta kohtuotsus Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, punkt 20); 5. oktoobri 2004. aasta kohtuotsus Pfeiffer jt (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkt 108) ja 19. jaanuari 2010. aasta kohtuotsus Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punkt 46).

53 19. novembri 1991. aasta kohtuotsus Francovich jt (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428). Seoses harta artikli 21 lõikega 1 koostöimes direktiiviga 2000/78 vt 15. jaanuari 2014. aasta kohtuotsus Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 50).

54 5. oktoobri 2004. aasta kohtuotsus Pfeiffer jt (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584) ja 17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

55 22. novembri 2005. aasta kohtuotsus Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709) ja 19. jaanuari 2010. aasta kohtuotsus Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

56 17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

57 22. novembri 2005. aasta kohtuotsus Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, punktid 77 ja 78); 19. jaanuari 2010. aasta kohtuotsus Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punktid 43 ja 51) ja 19. aprilli 2016. aasta kohtuotsus DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punktid 27 ja 35).

võimatuse korral kohaldamata kõik siseriikliku õiguse sätted, mis on vastuolus vanuse alusel diskrimineerimise keelu üldpõhimõttega^{.58} Seega juhtus sisuliselt, et direktiivi asjakohane sisu imporditi üldpõhimõttesse ja alles siis jõuti selle „üksikasjalikustatud“ üldpõhimõtte alusel eraõiguslike isikute vahelises vaidluses järeldusele, et riigisisene õigus ei ole ELi õigusega kooskõlas.

122. Kohtuotsuses Egenberger sedastas Euroopa Kohus, et harta artikli 21 lõikega 1 ette nähtud usutunnistuse ja veendumuste alusel diskrimineerimise keeld on „iseenesest piisav, et isikutel tekiks subjektiivne õigus, millele nad saavad liidu õiguse kohaldamisalasse jäävat valdkonda puudutavas vaidluses vahetult tugineda“.⁵⁹ Selle keelu kohaldamisel tuleb liikmesriigi kohtul „arvesse [võtta] tasakaalu, mille nende eri huvide vahel on kehtestanud liidu seadusandja direktiivis 2000/78, et kindlaks määrata hartast tulenevad kohustused“.⁶⁰ Teisisõnu järeldas Euroopa Kohus sisuliselt, et direktiivi asjakohaste sätete sisu kajastub harta artiklis 21. Liikmesriigi kohtul tuleb tagada selle sätte täielik õigusmõju, „jättes vajaduse korral kohaldamata [sellega] vastuolus oleva riigisisese õiguse sätte“.⁶¹ Samal põhimõttel toimis Euroopa Kohus *mutatis mutandis* harta artikli 47 puhul.

123. Kohtuotsuses AMS⁶² pidi aga Euroopa Kohus tunnistama, et direktiivide sisu üldpõhimõtetesse ja harta sätetesse sel moel importimisel eesmärgiga võimaldada nende kohaldamist horisontaalsetes olukordades on siiski piirid. Selles kohtuasjas oli kõne all direktiiv 2002/14/EÜ, mis nägi ette, et enam kui 50 töötajaga ettevõtetes peab töötajatel olema oma esinduskogu.⁶³ Direktiivi artikli 3 lõikes 1 oli esinduskogu moodustamise künniseks määratud 50 „töötajat“ ja käesoleva asja puhul on oluline see, et selles kohtuasjas käsitleti peamiselt „töötaja“ mõiste määramise küsimust. Euroopa Kohus tuvastas, et liikmesriigi asjakohane õigusnorm oli direktiivi artikli 3 lõikega 1 vastuolus, kuna selle tõttu jäeti ettevõtte töötajate arvu arvutamisel välja teatavate isikute kategooria.

124. Euroopa Kohus lisas aga, et „põhikohtuasja asjaolud erinevad eespool viidatud kohtuotsuse Küçükdeveci asjaoludest, kuna harta artikli 21 lõikes 1 ette nähtud vanuse alusel mittediskrimineerimise põhimõte, mis oli nimetatud kohtuasjas kõne all, *on iseenesest piisav, et anda isikutele subjektiivne õigus, millele sellisena saaks tugineda*“.⁶⁴ Harta artikkel 27 aga „ei ole iseenesest piisav, et anda isikutele subjektiivne õigus, millele sellisena saaks tugineda“.⁶⁵ Seega tegi Euroopa Kohus sisuliselt järelduse, et direktiivi 2002/14 artikli 3 lõige 1 on liiga üksikasjalik, et lugeda seda harta asjakohases sättes sisalduvaks.

b) Olemasoleva kohtupraktika õigusmõju

125. Alates kohtuotsusest Egenberger on selge, et harta artikli 21 lõikele 1 saab eraõiguslike isikute vahelises vaidluses „tugineda“ kombinatsioonis direktiiviga 2000/78 kui kooskõlalise tõlgendamise alusele ja, mis veel olulisem, kui kriteeriumile, mille alusel saab hinnata ELi õiguse kehtivust ja riigisisese õiguse kooskõla sellega (ELi õiguse kohaldamisala piires). Seega saavad eraõiguslikud isikud vaidlustes teiste eraõiguslike isikutega sellele tugineda nõudes, et liikmesriigi kohus peab vaidlustatud riigisisese õigusnormi tunnistama ELi õigusega „vastuolus“ olevaks või selle „kõrvale jätma“, „kohaldamata jätma“ või selle „kohaldamisest keelduma“.

58 19. aprilli 2016. aasta kohtuotsus DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punkt 43).

59 17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 76).

60 17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 81).

61 17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 79).

62 15. jaanuari 2014. aasta kohtuotsus Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2).

63 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. märtsi 2002. aasta direktiiv, millega kehtestatakse töötajate teavitamise ja nõustamise üldraamistik Euroopa Ühenduses (EÜT 2002, L 80, lk 29; ELT eriväljaanne 05/04, lk 219).

64 15. jaanuari 2014. aasta kohtuotsus Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 47). Kohtujuristi kursiiv.

65 15. jaanuari 2014. aasta kohtuotsus Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 49).

126. Kohtuotsus Egenberger kinnitab seega harta artikli 21 lõike 1 kui ELi esmase õiguse sätte esimest konkreetses horisontaalses vaidluses, kus teisese õigusaktina on kõne all direktiiv ja kooskõlaline tõlgendamine ei ole võimalik.

127. Euroopa Kohus ei täpsusta aga kohtuotsuses Egenberger sellistel asjaoludel sellisele alusele tuginemise täiendavaid tagajärgi. Konkreetsemalt ei ole selles kohtuotsuses (ega üheski teises, eelmises osas viidatud kohtuotsuses) mitte midagi sellist, mis kinnitaks, et harta artikli 21 lõikel 1 on „horisontaalne vahetu õigusmõju“ selles mõttes, et sellest sättest võivad eraõiguslike isikute vahelise vaidluse korral iseenesest tuleneda ühele poolele õigused, millega kaasnevad vastavad kohustused teisele poolele. Samuti ei vii see kohtuotsus ega ükski teine viidatud kohtuotsus järeldusele, et artikli 21 lõikele 1 tuginemisega ja vastuolu tuvastamisega kaasneb tingimata mingi konkreetne õiguskaitsevahend.

128. See kohtupraktika kordab hoopis üldist põhimõtet, mille kohaselt peavad liikmesriikide kohtud „tagama liidu õigusest isikutele tulenevate õiguste kaitse ja liidu õiguse täieliku toime“ (jättes sellega vastuolus olevad riigisisised õigusnormid kohaldamata)⁶⁶ või „tagama diskrimineerimiskeelu [...] järgimise“⁶⁷ või et eraõiguslikele isikule, kelle esitatud hagi tulemusel on Euroopa Kohus tõlgendanud liidu õigust nii, et vaidlusalune riigisisene õigusnorm on liidu õigusega vastuolus, ei saa keelduda andmast sellest tõlgendusest tulenevat soodustust.⁶⁸

129. Kokkuvõtteks on nüüdseks selge, et harta artikli 21 lõikega 1 – koostoimes direktiiviga 2000/78 – kooskõla abstraktne hindamine, nagu olen seda teinud eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimese küsimuse puhul, võib viia ELi õigusega vastuolus oleva riigisisese õigusnormi kohaldamata jätmiseni. See on ELi õiguse esimese tagajärg, mis võib tekkida ka eraõiguslike isikute vahelistes vaidlustes.

130. Nagu selgitan järgmises osas, soovitan Euroopa Kohtul selle lähenemisviisi juurde jääda. Kui esitatakse sõnaselge küsimus selle kohta, *millised on poolte jaoks konkreetsed praktilised tagajärjed* juhul, kui asjaomane riigisisene õigusnorm tõepoolest kohaldamata jäetakse, soovitan harta sätete horisontaalse vahetu õigusmõju kaalumise asemel (2) keskenduda hoopis õiguskaitsevahendite küsimusele (3).

2. „Horisontaalne vahetu õigusmõju“

131. Tuvastus, et harta artikli 21 lõikel 1 on horisontaalne vahetu õigusmõju, tähendaks seda, et eraõiguslikud isikud saaksid *vahetult selle sätte alusel* järeldada, et neil on mingi õigus ja teisel eraõiguslikul isikul *vastav kohustus* olenemata teisese õiguse olemasolust ja/või selle sisule viitamisest. Selles mõttes on vahetu õigusmõjuga norm iseenesest piisavalt selge, täpne ja tingimusteta, et sellele horisontaalses suhtes tugineda.

132. Mul on raske mõista, kuidas saab harta artikli 21 lõige 1 käesolevas asjas nendele nõuetele (a) vastata, nagu ka harta mitmed sätted üldiselt (b). Kuid taas ei välista see võimalust, et harta sätted on käesoleva asjaga sarnastel asjaoludel tõepoolest kohaldatavad ja väga asjakohased, kuigi teistmoodi (c).

a) Harta artikli 21 lõike 1 horisontaalne vahetu õigusmõju

133. Teataval määral võiks muidugi arvata, et usutunnistuse tõttu diskrimineerimise keeld on sellisel üldistatuse tasemel tõepoolest piisavalt selge, täpne ja tingimusteta. On tingimusteta selge, et usutunnistuse tõttu diskrimineerimist ei tohi olla.

66 19. aprilli 2016. aasta kohtuotsus DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punktid 29 ja 35).

67 19. jaanuari 2010. aasta kohtuotsus Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punkt 56) ja 19. aprilli 2016. aasta kohtuotsus DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punktid 35–37).

68 19. aprilli 2016. aasta kohtuotsus DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punkt 41).

134. Kuid selliselt üldistatuse tasemelt vaadates võiks vahetu õigusmõju olla põhimõtteliselt igal ELi õiguse sättel. Seepärast ongi vahetu õigusmõju tavapärane kriteerium teist laadi: kas konkreetse õigusnormi sisu on piisavalt selge ja täpne, nii et sellele saaks konkreetset juhul kohtus tugineda?

135. Käesolev kohtuasi on ise hea näide selle kohta, kui kompleksne see küsimus on ja miks sellele vastamiseks ei ole „selget, täpset ja tingimusteta“ eeskirja. Kas harta artikli 21 lõikest 1 võiks tuleneda õigus saada (ja kohustus anda) tasustatud puhkepäeva? Kas see puhkepäev oleks suurel reedel või mõnel muul konkreetset päeval? Või kas saab nõuda ainult raha, näiteks lisatasu, puhkepäevatasu või kahjuhüvitise kujul (mida tööandja oleks vastavalt sellele sättele kohustatud maksma)?

136. Minu arvates ei saa harta artikli 21 lühidalt sõnastatud lõikest 1 vastuseid sellistele küsimustele välja lugeda. Ometi puutub ELi õigusega vastuolus olevat riigisisest õigusnormi „kohaldamata jättev“ liikmesriigi kohus nendega paratamatult kokku, nagu ka käesolevas asjas.

137. Olen valmis tunnistama, et „selge, täpne ja tingimusteta“ ei tähenda, et õiguse iga aspekt peab sõnaselgelt varem õiguses kindlaks määratud olema. See ei ole lihtsalt reaalne. Kuid lahendamata jäetud küsimused peavad olema vähemalt kohtulikult kontrollitavad.⁶⁹ Minu arvates ei ole juba vaidlusaluse õiguse (suur reede kui puhkepäev, üks määratlemata, tasustatud puhkepäev, puhkepäevatasu selle puhkepäeva mittekasutamise korral) laad selline, et sellele saaks kohtus tugineda.

138. Mis veel tähtsam, minu arvates ei ole siin küsimus harta „horisontaalses vahetus õigusmõjus“ (kombinatsioonis direktiiviga). Märgin veel kord, et teataval üldistatuse tasemel võib harta artikli 21 lõikes 1 olla „selge, täpne ja tingimusteta“ diskrimineerimiskeeld, kuid sellest ei tulene „selget, täpset ja tingimusteta“ praktilist nõuet. Minu arvates ei tuleks eelotsusetaotluse esitanud kohtu neljandat küsimust analüüsida horisontaalse vahetu õigusmõju seisukohalt. Eespool kirjeldatud tähenduses horisontaalset vahetut õigusmõju – millest tulenevad *konkreetsed* õigused (rahale, hüvedele jne) ja vastavad kohustused – ilmselgelt ei ole.

b) Harta horisontaalne vahetu õigusmõju üldisemas mõttes

139. Kui vaadata käesoleva asja konkreetsetest asjaoludest ja harta artikli 21 lõike 1 „vahetu õigusmõju“ tavapärase kriteeriumi kohaldamisest kaugemale, on veel põhimõttelisi argumente selle kohta, miks harta sätete horisontaalne vahetu õigusmõju on problemaatiline.

140. Esiteks on harta oma artikli 51 lõike 1 kohaselt, nagu ka ELTL artikli 288 alusel vastu võetud direktiivid, suunatud lihtsalt mitte isikutele, vaid liikmesriikidele ning ELi institutsioonidele ja asutustele. Sellele (sõnastuslikule) argumendile võiks vastu väita, et see ei ole väga tugev, kuna hartal on tegelikult juba olemas suur *horisontaalne mõju*, mida ma kirjeldasin eespool.⁷⁰ On aga oluline kvalitatiivne vahe, kas ühelt poolt tuvastada, et mingit põhiõiguste deklaratsiooni saab kasutada kooskõllalisuse kontrollimiseks ja võib-olla isegi vastuolus olevate õigusaktide kohaldamata jätmiseks ning et selle õigusakti põhjal on võimalik saavutada kooskõllaline tõlgendus, mis hõlmab ka horisontaalseid olukordi, või teiselt poolt tunnistada selle õigusakti sätted eraõiguslikele isikutele *vahetult kehtivate kohustuste allikaks* olenemata kehtivatest õigusnormidest ja/või nende olemasolust.

⁶⁹ Ja nii on vahetu õigusmõju ka õigusnormidel, mis on sõnastatud üpris üldistatult (näiteks norm, mille kohaselt ei tohi teatavate, keskkonnamõju hindamise direktiivi (nõukogu 27. juuni 1985. aasta direktiiv 85/337/EMÜ teatavate riiklike ja eraprojektide keskkonnamõju hindamise kohta (EÜT 1985, L 175, lk 40; ELT eriväljaanne 15/01, lk 248)) alusel tehtud otsuste õiguspärasuse hindamiseks algatatud menetluste kulud olla üle jõu käivad), kuid samas peab selle teisese õigusakti ülesehituse kaudu, kuhu nad kuuluvad, olema selgelt kirjeldatud nii nende kohaldamisala kui ka eesmärgid, mida nendega saavutada tahetakse – vt minu 5. juuni 2018. aasta ettepanek kohtuasjas Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, punktid 33–55).

⁷⁰ Käesoleva ettepaneku punktid 125–129.

See on ka põhjus, miks minu teada täidab liikmesriigi põhiõiguste deklaratsioon mitmes õigussüsteemis just neid kaht ülesannet, millega seoses on võib-olla isegi sõnastatud positiivsed kohustused, mille riik peab endale võtma. Kuid isegi kui põhiõigused sel moel eraõiguslikesse suhetesse ulatuvad, ei ole neile ikkagi – ja üpris ootuspäraselt – antud horisontaalset vahetut õigusmõju.

141. Teiseks pole selline piiratus tingitud kindlasti mitte sellest, et puuduks soov tõhusalt kaitsta põhiõigusi. Pigem on see tingitud vajadusest prognoositavuse, õiguskindluse ja põhiseaduslikul tasandil võimude lahususe järele. Sellised põhiõiguste deklaratsioonid kipuvad olema üpris abstraktsed ja ses mõttes ebamäärasead ning samasugune on ka harta. Selleks et nendele saaks kohtus tugineda, on üldjuhul vaja täiendavaid õigusakte. Kui omistada nendele sätetele eraõiguslike isikute õigusi ja kohustusi puudutav horisontaalne vahetu õigusmõju, avaneks üks kohtuliku loominguks äärmuslikele vormidele.⁷¹

142. Kolmandaks, kuna hartast tulenevate õiguste ja kohustuste sisu on ebaselge, võib tekkida kiusatus otsida vastuseid asjakohastest teisestest õigusaktidest. Liikmesriikide õigusnormide harta sätetega kooskõla hindamisel (esimuse põhimõte) räägib Euroopa Kohus tõepoolest harta sätete ja üldpõhimõtete kohaldamisest „seoses“ või „kombinatsioonis“ teisestest õigusaktidega või neid „arvesse võttes“.⁷² Paistab, et Euroopa Kohus impordib direktiivide (sageli üpris keerulise) sisu oma praktikas üha sagedamini sisuliselt harta sätetesse ja kohaldab neid siis horisontaalselt.⁷³

143. Kahtlemata on mõnikord selleks, et kindlaks määrata, milline võiks olla mingi õiguse või üldpõhimõtte (vastuvõetav) sisu mingil konkreetsel ajal, oluline tutvuda teisestest õigusaktidega.⁷⁴ On aga vahe, kas teha teisese õiguse (erinevate) allikate vahel kriitiline võrdlus ja järeldada selle põhjal võimalikke üldtrende või jätta kriitikameel sootuks kõrvale ning kanda direktiivi sisu üle otse mõnda harta sättesse.

144. Viimase lähenemisviisiga on palju põhiseaduslikke ja praktilisi probleeme.⁷⁵ Kas harta sätete vahetu õigusmõju tuleb panna sõltuvusse sellest, et mingis valdkonnas on vastu võetud teised õigusaktid, ja kui, siis millised? Kas harta vahetu õigusmõju olemasolu (puudumise) üle ei otsusta sedasi mitte kaudselt ELi seadusandja? Kas harta tuleks sedasi „põhiseaduslikkusest vabastada“? Kas harta ei peaks mitte selle asemel, et olla teisese õiguse kontrollimise mõõdupuu, hoopis teisele õigusele alluma? Kui mitte või igatahes *mitte alati*, siis millal see nii peaks olema ja millal mitte?

145. Lõpuks viibki see prognoositavuse ja õiguskindluse probleem, mis on mõõndavasti seotud ilmse katsega enda varem kehtestatud piiridest mööda hiilida, mind lõpliku järelduseni: kui sellest peaks tõepoolest saama lähenemisviis, mida Euroopa Kohus hakkab edaspidi kasutama, siis võib-olla oleks tark mõte direktiivide horisontaalse vahetu õigusmõju küsimus uuesti läbi vaadata. Direktiivide horisontaalse vahetu õigusmõju olemasolu kangekaelne formaalne eitamine koos samal ajal selle tagamisega, et selle piirangul ei ole mitte mingeid praktilisi tagajärgi, nagu direktiivi sisu importimine harta sättesse, jätab üha küsitavama mulje.

71 See on ka põhjus, miks Hans Kelsen, keda sageli nimetatakse nüüdisaegse põhiseadusliku kohtumõistmise „isaks“, kuid kes oleks selle praegust ulatust nähes arvatavasti väga üllatunud, soovis 1929. aastal, et vahetut kohaldatast ei oleks „üliposiitsetel normidel“ (sks *überpositive Normen*), mille hulka kuulusid tema arvates ka põhiõigused, hoiatades, et sellega omandaks iga konstitutsioonikohus riigi struktuuride piires sisuliselt võimumonopoli – Kelsen, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5. Berlin und Leipzig, de Gruyter & Co, 1929, lk 69–70.

72 17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), mida käsitlen selles kontekstis eespool punktis 122. Vt ka 19. jaanuari 2010. aasta kohtuotsus Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), kus Euroopa Kohus käsitles vanuselise diskrimineerimise keeldu, „nagu seda konkretiseerib direktiiv 2000/78“.

73 Värskeima näitena võin nimetada oma õpetatud kolleegi, kohtujurist Boti, kes soovitas Euroopa Kohtul importida Euroopa parlamendi ja nõukogu 4. novembri 2003. aasta direktiivi 2003/88/EÜ töötaja korralduse teatavate aspektide kohta (ELT 2003, L 299, lk 9) asjakohane sisu harta artikli 31 lõikesse 2. Põhjenduseks viitas Bot harta selgitavatele märkustele, kus on märgitud, et artikli 31 lõige 2 „põhineb direktiivil 93/104/EÜ“ (kodifitseeritud direktiiviga 2003/88) – vt kohtujurist Boti ettepanek liidetud kohtuasjades Bauer ja Broßonn (C-569/16 ja C-570/16, EU:C:2018:337, punkt 86).

74 Seda laadi hoolika ja tasakaaluka analüüsi näide on 15. oktoobri 2009. aasta kohtuotsus Audiolux jt (C-101/08, EU:C:2009:626).

75 Seda teemat käsitleb põhjalikult kohtujurist Trstenjak oma ettepanekus kohtuasjas Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

c) Horisontaalne vahetu õigusmõju puudub, kuid (suur) mõju on siiski olemas

146. Asjaolu, et harta artikli 21 lõikel 1 (ja ses mõttes ka teistel sätetel) ei ole horisontaalset vahetut õigusmõju, ei tähenda, et neil ei ole üldse mitte mingisugust horisontaalset õigusmõju. Vastupidi. Kuid see on hoopis teist laadi õigusmõju. Liikmesriikide õiguse puhul täidab harta kaht rolli, olles: i) kooskõlalise tõlgendamise alus ja ii) ELi ja liikmesriikide õiguse kooskõla hindamise mõõdupuu, mille üks võimalik tagajärg on see, et kui liikmesriigi õigusnormid (kui neid kohaldatakse kontekstis, kus liikmesriik tegutseb ELi õiguse raames) on hartaga vastuolus, peavad liikmesriigi kohtud need kohaldamata jätma ja seda isegi eraõiguslike isikute vahelistes vaidlustes. See tagajärg tuleneb aga ELi õiguse esimesest, mitte harta sätete horisontaalsest vahetust õigusmõjust. Eraõiguslikele isikutele ei saa uusi, eraldiseisvaid kohustusi tekkida *ainult* harta alusel.

147. Tõsi, ELi õigusega vastuolus oleva riigisisese õigusnormi kohaldamata jätmine ei pruugi iseenesest kohe asjaosalistele kaitset tagada. Ilmselt on see nii ka käesolevas asjas. Kohaldamata jätmine tähendab ELi õigusega vastuolus olevate riigisiseste õigusnormide maha kriipsutamist. Kui kohaldamata jätmise mõiste tõlgendamisel ei kasutata just mingit erilist või isegi keerukat ja ohtlikku lähenemisviisi (näiteks konkreetsete sõnade valikulist kustutamist ELi õigusega vastuolus olevast normist),⁷⁶ tähendaks käesolevas asjas ELi õigusega vastuolus oleva Austria õigusnormi kohaldamata jätmine või kõrvale jätmine töö- ja puhkeaja seaduse kogu § 7 lõike 3 kohaldamata jätmist. See tähendaks, et sellest hetkest peale, mil kohus selle vastuolu tuvastab, ei oleks suurel reedel puhkepäeva mitte kellelgi.

148. Alternatiiv oleks seisukoht, et õigusel mitte olla diskrimineeritud on horisontaalne vahetu õigusmõju ja et see õigus kätkeb õigust samadele õigustele ja hüvedele, mis on olemas soodustatud rühmal (ülespoole ühtlustamine), või õigust sellele, et kõiki kolleege koheldakse sama halvasti (allapoole ühtlustamine). Sellele seisukohale eelotsusetaotluse esitanud kohus oma neljandas küsimuses tegelikult vihjabki. Kui aga eeldada, et eelistatakse ülespoole ühtlustamist – tulen selle küsimuse juurde tagasi allpool –, ei anna see ikkagi vastust ühelegi eespool esitatud küsimusele asjaomaste õiguste laadi ja ulatuse kohta.

149. Minu arvates tuleks eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimuses näha soovi saada selgust küsimuses, millised täpselt peavad olema käesolevas asjas kohased *õiguskaitsevahendid*, mitte mingi ebamäärane kogum eriõigusi (puhkepäevad, puhkepäevatasud jne). Sellest põhimõttest on Euroopa Kohus juba lähtunud kohtuotsustes Mangold, Kükükdeveci, DI ja Egenberger, kus ta kinnitas, et ELi õigusega vastuolus olevad riigisisised õigusnormid tuleb jätta kohaldamata ning et õigus tõhusale õiguskaitsevahendile (mitte harta „horisontaalne vahetu õigusmõju“) on olemas. Kuna aga käesoleva asja keskmes on küsimus, millised on kohaldamata jätmise praktilised tagajärjed, tähendab see, et Euroopa Kohtul peab selle eristuse puhul olema selgus. Seda küsimust järgmiseks käsitlengi.

⁷⁶ Töö ja puhkeaja seaduse § 7 lõige 3 on kehtivas redaktsioonis sõnastatud järgmiselt: „Evangeelse kiriku (Augsburgi usutunnistus ja Helveetsia usutunnistus), vanakatoliku kiriku ja Ühinenud Metodisti Kiriku liikmetele on ka suur reede puhkepäev“. Kui suruda „kohaldamata jätmine“ selle sätte üksikute sõnade tasandile, võib see viia näiteks selleni, et kustutada tuleb lause sihtis, see on viide kõnealuse nelja kiriku liikmetele (mis tähendaks, et suur reede on puhkepäev kõigile ja kõik, kes sel päeval töötavad, saavad ka puhkepäevatasu), või viited kõnealuse nelja kiriku liikmetele ja suurele reedele (mis tähendaks, et tekiks liikuv riigipüha – sisuliselt komisjoni arvamus). Kuid sellegipoolest peaks ELi õigusega vastuolus oleva riigisisese õigusnormi kohaldamata jätmine ehk ka edaspidi eristuma kohtulikust sõnamängust, kus saab pelgalt olemasolevatest õigusnormidest nopitud sõnadest moodustada igasuguseid norme.

3. Õiguskaitsevahendid

150. Harta artikli 21 lõikest 1 ei tulene mingit konkreetset hulka õigusi ja vastavaid kohustusi ei tööandjatele ega töötajatele. Ometi on ELi õigusest isikutele tulenevate õiguste kaitse ning ELi õiguse täieulatuslik rakendamine eelkõige liikmesriikide kohtute ülesanne.⁷⁷ Tõhusa kohtuliku kaitse põhimõtte kohaselt *peab olema olema õiguskaitsevahend diskrimineerimise vastu*.⁷⁸

151. Teatud valdkonda reguleerivate ELi õigusnormide puudumisel tuleb iga liikmesriigi riigisisese õiguskorras määrata pädevad kohtud ja kehtestada menetlusnormid nende kohtuasjade läbivaatamiseks, mille eesmärk on tagada isikute ELi õigusest tulenevate õiguste kaitse. Liikmesriikide kohustus on aga tagada, et need õigused on igal juhul tõhusalt kaitstud,⁷⁹ pidades seejuures kinni võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtetest.⁸⁰

152. Euroopa Kohus saab sellegipoolest anda juhiseid selle kohta, mida õigus tõhusale õiguskaitsevahendile käesolevas asjas tähendab. On kaks küsimust, mille lahendamisel saab Euroopa Kohus eelotsusetaotluse esitanud kohut abistada. Need on esiteks, kas asjaomane õiguskaitsevahend seisneb ülespoole ühtlustamises (a), ja teiseks, kelle vastu see õiguskaitsevahend tuleks pöörata (b).

153. Olen seisukohal, et käesolevas asjas, kus on tegemist eraõiguslike isikute vahelise vaidlusega ja kus diskrimineerimine tuleneb liikmesriigi õigusnormidest ning on tuvastatav harta artikli 21 lõike 1 alusel (esimeses küsimuses kirjeldatud abstraktse hindamise tulemusel kombinatsioonis direktiiviga 2000/78), ei tulene ELi õigusest kohustust tagada õiguskaitsevahendit *tööandja* vastu. Küll aga tuleneb ELi õigusest kohustus tagada kannatanule võimalus esitada rikkumise tõttu kahju hüvitamise hagi *riigi* vastu.

154. Enne kui asun neid järeldusi põhjalikumalt selgitama, käsitlen veel „ülespoole ühtlustamise“ ja „allapoole ühtlustamise“ küsimust.

a) Ülespoole ühtlustamine ja allapoole ühtlustamine

155. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu neljas küsimus pakub käesolevas asjas kõne all olevale diskrimineerimisprobleemile kaht lahendust: ülespoole ühtlustamine või allapoole ühtlustamine.

156. Tahan selgitada, et nii, nagu mina sellest aru saan, puudutab eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimus ainult „üleminekuperioodi“, s.o aega vastuolu tuvastamisest kuni uue korra kehtestamiseni riigisisese õiguses. Selle perioodi puhul on üles- või allapoole ühtlustamise küsimus tõepoolest lahline.

157. Lisan näiteks, et sama küsimust ei teki tegelikult mineviku, s.o eelmiste aastate puhul, kui vaidlusalune puhkepäevatasu oli võimaldatud ainult teatavale rühmale, kuid mitte teistele, ja see periood ei ole veel riigisiseste õigusnormide järgi aegunud. Selle perioodi jooksul, s.o minevikus toimunud diskrimineerimise heastamiseks praktikas on ainus võimalus tõepoolest „ülespoole

77 Vt 5. oktoobri 2004. aasta kohtuotsus Pfeiffer jt (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkt 111). Vt ka 15. aprilli 2008. aasta kohtuotsus Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punkt 42).

78 13. märtsi 2007. aasta kohtuotsus Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, punkt 37 ja seal viidatud kohtupraktika).

79 Vt eelkõige 9. juuli 1985. aasta kohtuotsus Bozzetti (179/84, EU:C:1985:306, punkt 17); 18. jaanuari 1996. aasta kohtuotsus SEIM (C-446/93, EU:C:1996:10, punkt 32) ja 17. septembri 1997. aasta kohtuotsus Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, punkt 40).

80 Vt eelkõige 16. detsembri 1976. aasta kohtuotsus Rewe-Zentralfinanz ja Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, punkt 5); 16. detsembri 1976. aasta kohtuotsus Comet (45/76, EU:C:1976:191, punktid 13–16); 14. detsembri 1995. aasta kohtuotsus Peterbroeck (C-312/93, EU:C:1995:437, punkt 12); 13. märtsi 2007. aasta kohtuotsus Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, punkt 43) ja 7. juuni 2007. aasta kohtuotsus van der Weerd jt (C-222/05–C-225/05, EU:C:2007:318, punkt 28).

ühtlustamine“. Soodustatud rühmalt ei saa neile juba antud eeliseid või pigem õigusi õiguspäraste ootuste pärast tagasiulatuvalt ära võtta. Seega saab sellel perioodil toimunud diskrimineerimist heastada tegelikult ainult seeläbi, et anda sama hüve kõigile (kuid olenevalt vastusest järgmises osas käsitletud küsimusele selle kohta, kellelt võib maksmist nõuda ja miks).

158. Kui jääda praegu seega ainult selle üleminekuperioodi juurde, siis on komisjon ka selle puhul arvanud, et õige vastus oleks ülespoole ühtlustamine. Selle väite toetuseks on nii hageja kui ka komisjon viidanud Euroopa Kohtu praktikale, sealhulgas kohtuotsustele Milkova, Specht ja Landtová.⁸¹

159. Tõepoolest, Euroopa Kohus tegi nendes kohtuotsustes üldise märkuse, et „kui on tuvastatud liidu õigusega vastuolus olev diskrimineerimine *ja kuni ei ole võetud võrdset kohtlemist tagavaid meetmeid*, saab võrdsuse põhimõtte järgimist tagada üksnes sellega, et ebasoodsamasse olukorda seatud isikutele antakse samad eelised, mis on soodustatud isikutel – kord, mis liidu õiguse nõuetekohaselt rakendamata jätmise korral on ainus õiguspärane lähtepunkt“.⁸²

160. See tähendab, et kui liikmesriigi kohus menetleb ELi õigusega vastuolus olevast riigisisestest õigusnormist tuleneva diskrimineerimise küsimust, on selle normi kohaldamata jätmise vältimatu tagajärg tõepoolest „ülespoole ühtlustamine“ seniks, kuni võetakse vastu õigusnorm, mis enam ei ole diskrimineeriv (ja millega võib kaasneda allapoole ühtlustamine).⁸³

161. Teeksin sellega seoses järgmised märkused.

162. Esiteks tuleneb ELi õiguse, sealhulgas harta esimuse põhimõttest, et ELi õigusega vastuolus olev riigisisene õigusnorm tuleb kohaldamata jätta. See tähendab sisuliselt, et asjaomane norm tuleb olukordades, kus ta on ELi õigusega vastuolus, liikmesriigi õiguskorrast kaotada. Seega on loogiline, et õigusnorm, mis on sel moel kaotatud, ei saa enam kellegi suhtes kohaldatav olla. Ometi äratatakse kunagi vaid osade suhtes kehtinud õigusnorm imekombel uuesti ellu, nii et see on korraga kohaldatav kõigi suhtes. Seda ülespoole ühtlustamise lahenduses peituvat paradoksi on vaja tunnistada, enne kui seda saab käsitleda.

163. Teiseks tundub, et ülespoole ühtlustamine kui ajutiselt kehtiv peamine *õiguskaitsevahend* (vastandina õigusele, millel on horisontaalne vahetu õigusmõju) on parem lahendus, eriti soodustatud rühma õiguspäraste ootuste seisukohalt. Kuid ka siin on saatan peidus piasjades (või vähemalt kohaldamise praktikas). Keerukamad on mitterahaliste hüvitiste juhtumid. Komisjon on käesolevas asjas oma kirjalikes seisukohtades väitnud, et töö- ja puhkeaja seaduse § 7 lõige 3 võib olla diskrimineeriv põhjusel, et selle kohaselt on suur reede vaba päev ainult teatavatele usurühmadele, kuid mitte teistele. Kuid komisjon ei pakkunud lahenduseks suure reede kuulutamist üldkehtivaks riigipühaks. Ta soovitas hoopis kõnealuse sätte kohtulikku ümberkirjutamist, nii et see näeks ette tasustatud vaba päeva hüve kõigile töötajatele „eriti tähtsa“ ususündmuse tähistamiseks. „Ülespoole ühtlustamisel“ on hea kõla (vähemalt inglise keeles: *levelling up*), kuid selle kohaldamine praktikas võib osutada väga keeruliseks ja isegi meelevaldseks, nagu me nägime ka horisontaalse vahetu õigusmõju puhul.

164. Kolmandaks on Euroopa Kohus teinud mitu otsust, kus ta on mingil kujul kinnitanud „ülespoole ühtlustamise“ põhimõtet. Kuid kõigil neil otsustel on oma eripärad. Neist on eriti olulised kaks: *diskrimineerimise allikas ja kostja isik*.

81 22. juuni 2011. aasta kohtuotsus Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415); 19. juuni 2014. aasta kohtuotsus Specht jt (C-501/12-C-506/12, C-540/12 ja C-541/12, EU:C:2014:2005) ja 9. märtsi 2017. aasta kohtuotsus Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

82 22. juuni 2011. aasta kohtuotsus Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415, punkt 51); 19. juuni 2014. aasta kohtuotsus Specht jt (C-501/12-C-506/12, C-540/12 ja C-541/12, EU:C:2014:2005, punkt 95) ja 9. märtsi 2017. aasta kohtuotsus Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, punkt 67). Kohtujuristi kursiiv.

83 Vt 9. veebruari 1999. aasta kohtuotsus Seymour-Smith ja Perez (C-167/97, EU:C:1999:60).

165. Sellega seoses juhin tähelepanu, et kõikides kohtuasjades, millele pooled viitasid ülespoole ühtlustamise toetuseks,⁸⁴ oli diskrimineerimise allikaks riigisisene õigus ja *kostjaks riik* (ning vaidlus raha pärast⁸⁵). Lihtsamat kooslust minu arvates olla ei saagi (ja seda esinebki tõepoolest Euroopa Kohtu praktikas kõige rohkem).⁸⁶ Lõpuks peab õigusnormidest tuleneva diskrimineerimise eest maksma liikmesriik. See on kohtuotsuse Francovich ja sellele järgnevate kohtuotsuste selge tulem. Riigi vastutus peab põhimõtteliselt looma turvavõrgu.

166. On olnud ka kohtuasju, kus Euroopa Kohus on ülespoole ühtlustamise põhimõttele viidanud seoses eraõiguslike isikute vahelise kohtumenetlusega. Selliseid kohtuasju on aga olnud vähe ja need on olnud seotud diskrimineerimisega pensioni⁸⁷ või töötasu⁸⁸ arvestamisel üldjuhul *tööandja* süül (seega sellisega, mis ei tulene õigusnormidest). Eraõiguslike isikute vaheliste vaidluste puhul, kus on tõstatatud diskrimineerimise küsimus, on Euroopa Kohus ülespoole ühtlustamise kui üldise lahenduse pakkumise asemel keskendunud üldisele kohustusele tagada tõhusad õiguskaitsevahendid ja karistused.⁸⁹

167. Neljandaks, kuna ei ole mingeid muid põhjusi, nagu inimväärikus või õiguspärased ootused, mis takistaksid ajutist allapoole ühtlustamist konkreetsel juhul, ei ole minu arvates võimalik väita põhimõtteliselt, et allapoole ühtlustamine on süstemaatiliselt ja kõikidel diskrimineerimisjuhtudel *per se* välistatud. Seda enam kehtib see juhtudel, kus soodustatud rühmale antud hüve ei ole korduv ja kus sellisel juhul ei ole hüvel seost selle tekitatud sõltuvusega (nagu korduvate sotsiaalkindlustushüvitiste puhul).

168. Käesolevas asjas tulekski küsida, mis võiks olla see konkreetne (täiendav) põhjus sisuliselt tagasi lükata järeldus, et ELi õigusega vastuolus olev õigusnorm tuleb „kohaldamata jätta“, ja asendada see järeldusega, et selle isikulist kohaldamisala tuleb viiekümnekordistada?⁹⁰

169. Suuremeelne avaldus, et kõigil peaks olema parem, võib küll pakkuda isiklikku rahuldust, kuid on majanduslikku jätkusuutlikkust arvestamata õiguslikult vaevalt asjakohane.⁹¹ Tahan rõhutada, et majanduslikud argumendid ei ole muidugi diskrimineerimisele mingi õigustus. Aga see ei anna veel iseenesest positiivset õigustust ülespoole ühtlustamiseks.

84 81. joonealune märkus eespool.

85 Eriti kergesti vahetatav hüve erinevalt näiteks õigusest puhkusele või õigusest saada tööd.

86 Ka teistes kohtuotsustes, mis kordavad ülespoole ühtlustamise põhimõtte „Landtová, Spechti ja Milkova varianti“, on kostja rollis riik – vt 12. detsembri 2002. aasta kohtuotsus Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, punkt 42); 21. juuni 2007. aasta kohtuotsus Jonkman jt (C-231/06–C-233/06, EU:C:2007:373, punkt 39); 28. jaanuari 2015. aasta kohtuotsus Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38, punkt 46) ja 14. märtsi 2018. aasta kohtuotsus Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, punkt 30). Kitsama sõnastamise näiteks diskrimineerimise kohta töötasu arvestamisel vt ka 7. veebruari 1991. aasta kohtuotsus Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, punkt 18) ja 17. aprilli 1997. aasta kohtuotsus Evrenopoulos (C-147/95, EU:C:1997:201, punkt 42). Ka kollektiivlepingutest tulenev diskrimineerimine on tavaline ja sisuliselt õigusnormidest tuleneva diskrimineerimisega seotud ning Euroopa Kohus sõnastab ülespoole ühtlustamise põhimõtet sellistel juhtudel avaramalt – vt nt 20. märtsi 2003. aasta kohtuotsus Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, punkt 72).

87 Vt 28. septembri 1994. aasta kohtuotsus van den Akker (C-28/93, EU:C:1994:351); 28. septembri 1994. aasta kohtuotsus Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348) ja 28. septembri 1994. aasta kohtuotsus Avdel Systems (C-408/92, EU:C:1994:349), kus oli kõne all otseselt võttes eraõiguslik pensionifond, mis oli aga siiski n-ö riigi poolt tellitud, kuna sellesse tehtavad sissemaksed läksid arvesse sissemaksetena riiklikku pensionifondi.

88 8. aprilli 1976. aasta kohtuotsus Defrenne (43/75, EU:C:1976:56).

89 10. aprilli 1984. aasta kohtuotsus Harz (79/83, EU:C:1984:155) ja 8. novembri 1990. aasta kohtuotsus Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383).

90 Juhin tähelepanu, et komisjon väitis oma suulistes seisukohtades, et suur reede kui puhkepäev ja sellel töötamise korral saadav puhkepäevatasu, millele õigus on praegu vaid kõnealuse nelja kiriku liikmeskonnal (umbes 2% kogu elanikkonnast), tuleks võimaldada kõigile Austria töötajatele ja teha sama Yom Kippuri puhul.

91 Kohtuistungil pakuti, et kõigile töötajatele suurel reedel puhkepäevatasu maksmine läheks maksma umbes 600 miljonit eurot aastas (umbes samasugune oleks tulemus ka Yom Kippuri puhul).

170. Kõnealuse nelja kiriku liikmete usuvabaduse kaitsmine ei ole samuti veenev. Sellega seoses juhin tähelepanu töö- ja puhkeaja seaduse §-le 8, mis kohustab tööandjaid sisuliselt võimaluse korral oma töötajate usulistele vajadustele vastu tulema. Kui see on teistele Austria usuvähemustele oma usupühade tähistamiseks piisav, siis miks ei saa see seda olla kõnealuse nelja kiriku liikmetele? Teiselt poolt ei ole selge, kuidas saab „ülespoole ühtlustamine“ näiteks seeläbi, et suur reede antakse vabaks kõigile Austria töötajatele ja kõigile hakatakse ka sel päeval töötamise korral topelttöötasu maksma, üldse usuvabadust edendada.

171. Eespool kirjeldatud kaalutlustest lähtudes olen seisukohal, et käesolevas asjas ei saa eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimusele vastata pelgalt nii, et „ülespoole ühtlustamine“ on ainus õige suund. Selle lähenemisviisi on Euroopa Kohus välja arendanud seoses hagidega, mis on esitatud riigi vastu ja mis hõlmavad sotsiaalkindlustushüvitisi, ja seda ei saa üldjuhul horisontaalsetele vaidlustele üle kanda. Lisaks oleks see käesolevas asjas liiga lihtne vastus, mis ei võta arvesse teatavat keerukust, millel on praktikas väga suur tähtsus. Ma leian hoopis, et käesolevas asjas tuleks lähtuda Euroopa Kohtu praktikast tõhusate õiguskaitsevahendite küsimuses.

b) Tõhusad õiguskaitsevahendid (ja kostja isik)

172. Kuigi harta artikli 21 lõikel 1 ei ole horisontaalset vahetut õigusmõju, tuleb problemaatiline riigisisene õigusnorm kohaldamata jätta (esimene küsimus). Üles- või allapoole ühtlustamise küsimust käsitlesin eespool. Käesolevas, viimases osas käsitlen küsimust, kelle kohustus peaks olema õiguskaitsevahendi tagamine. Sellel küsimusel on sisuliselt kaks vastusevarianti: i) tööandja (kes võib omakorda riigi kohtusse anda) või ii) riik (kelle peaks kohtusse andma töötaja ise). Minu arvates on õige vastus viimane: riik.

i) Õiguskaitsevahendid tööandja suhtes

173. Kas õigus tõhusale õiguskaitsevahendile tähendab käesolevas asjas, kus hageja on oma tööandja poolt kohaldatava diskrimineeriva riigisisese õigusnormi ohver, et tal peab olema õiguskaitsevahend oma tööandja vastu?

174. Kohtujurist Cruz Villalón pooldas seda lahendust sõnaselgelt oma ettepanekus kohtuasjas AMS. Tema arvates on mõistlik, et „kahju hüvitamise hagi puhul langeks vastutus õigusvastasest toimingust kasu saanud poolele, mitte „põhimõtte“ sisustamisest tuleneva õiguse kandjale“. ⁹² Sellisel juhul saaks vastutavaks tunnistatud tööandja omakorda riigi vastu kohtusse pöörduda.

175. Kui ma ei eksi, siis ei ole Euroopa Kohus seda teemat kunagi otseselt käsitlenud. Kuid sellise nõude saaks välja lugeda ka kohtuotsusest DI. ⁹³

176. Sellist tõlgendust saaks tõepoolest põhjendada (töötaja kaitse) tõhususega. Töötaja jaoks võib riigi asemel oma tööandja vastu kohtusse pöördumine olla odavam ja kiirem (ja vähem hirmutav). Moraalselt võttes on diskrimineerivad õigusnormid töötajat kahjustanud ja see väärib kaitset. Nagu mu õpetatud kolleeg kohtujurist Cruz Villalón on märkinud, on tööandja diskrimineerimise tulemusel arvatavasti omandanud mõne õigusvastase hüve, mis tuleb neutraliseerida. Tööandja on tõenäoliselt ka suhtelisel võimupositsioonil.

177. Argumendid selle kasuks, et tööoludes diskrimineerimise puhul peab alati olemas olema õiguskaitsevahend otse tööandja vastu, keerlevad sisuliselt niisiis kolme teema ümber: *allikas*, *süü* ja *hüve*, millega võib olla seotud argument *tugevuse* ja (paratamatu) *ebavõrdsuse* kohta.

⁹² Kohtujuristi ettepanek kohtuasjas Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, punkt 79).

⁹³ 19. aprilli 2016. aasta kohtuotsus (C-441/14, EU:C:2016:278, punkt 42).

178. Üldjuhul on sellised argumendid kehtivad teatavat liiki diskrimineerimise puhul: sellise puhul, milles on vähemalt osaliselt süüdi konkreetne tööandja. Kuid käesolevas asjas, kus on menetlemisel vaidlus eraõiguslike isikute vahel otseselt riigisisestest õigusnormidest tuleneva usutunnistuse tõttu diskrimineerimise üle, tekivad selliste argumentidega loogikaprobleemid.

179. Esiteks on rikkumise *allikas* käesolevas asjas riigisisene õigusnorm. Tööandjal ei olnud tõelist kaalutlus- või iseseisva otsustamise õigust. Ta ei teinud muud, kui vaid kohaldas kehtivat riigisisest normi. See on hoopis teistsugune olukord kui kohtuasjades, kus Euroopa Kohus on otsustanud, et töötajale tuleb tagada õiguskaitsevahend tööandja vastu, kuid kus diskrimineerimise allikas hõlmas ka tööandja enda otsuseid.⁹⁴

180. See on seotud teise teemaga: *süü*. Milles seisneb süü, mille eest peaks tööandja maksma? Kehtiva riigisisese õiguse kohaldamises? Kohtuasjades, kus Euroopa Kohus on käsitlenud väidetavalt tööandjapoolset diskrimineerimist, mis on ELi õigusega vastuolus, on ta sageli märkinud, et rikkumise eest määratav karistus peab olema tõhus, proportsionaalne ja *hoiatav*.⁹⁵ Kui just tööandjalt ei oodata käitumist seaduse valvekoertena, kelle ülesanne ja kohustus on aktiivselt otsida ja vaidlustada riigisiseseid õigusnorme, mis nende arvates võivad harta sätetega vastuolus olla, kaotab see hoiatamist või heidutamist pooldav mõttekäik sisu. Või on tööandja süü selles, et ta ei vaidlustanud riigisisese õiguse kooskõla harta artikli 21 lõikega 1 ja direktiiviga 2000/78? Nii et praktikas peab tööandja ette aimama, millega lõpeb aastaid kestev menetlus, kus osaleb tema riigi kõrgeim kohus, Euroopa Kohtu suurkoda ning palju õpetatud juriste ja kohtunikke, kes kõik selle menetluse jooksul oma arvamusi ja seisukohti esitavad?

181. Kolmandaks ei saa ma aru ka sellest, milline hüve tuleneks tööandjale kohustusest maksta teatavatele töötajatele topelttöötasu või isegi kohustusest anda neile suurel reedel tasustatud puhkepäev. Kui just ei kasutata mingit väga küsitavat tõlgendust, mille kohaselt tuleb asjaolu, et ülejäänud 98% töötajatele sama ei maksta, lugeda õigusvastaseks „hüveks“, mille tööandjad on pahatahtlikult omandanud, näen mina ainult seda, et tööandjale pannakse kohustusi.

182. Neljandaks on olemas suhtelise *nõrkuse* argument. Sellel argumendil on erinevalt kolmest ülejäänust vähemalt natuke iva. Seda võiks isegi pidada kõigist muudest kaalutlustest kõige tähtsamaks: töösuhtes valitseva paratamatu ebavõrdsuse tõttu on just tööandja alati see, kes peab maksma, olgu olukord milline tahes.

183. See argument kätkeb sügavat *ideoloogilist* otsust riskide ja kulude jagamise kohta.⁹⁶ Lisaks võib ehk ka kindlasti eeldada, et mitte kõik Austria või üldse Euroopa Liidu tööandjad ei ole hargmaised inimnäota suurettevõtted. Paljude ettevõtete eesotsas on üksikisikud või väike arv inimesi. Miks peaksid nemad maksma õigusvastaste riigisiseste õigusnormide kohaldamise eest?

184. Kuid igatahes on selge, et sellised küsimused muutuvad ebaoluliseks, kui kulud jäetakse tööandja kaela sisuliselt ainult sellepärast, et ta on tööandja. See argument on aksioomne, aga minu arvates ka selline, mida ei tasu valimatult järgida.

⁹⁴ Nt 8. novembri 1990. aasta kohtuotsuses Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383) kõne all olnud olukorras ei võetud hagejat tööle, kuna see oli kolmandat kuud rase. Riigisisese õiguse tähenduses aga oli tema rasedus „haigus“. Potentsiaalne tööandja oli naise „haigusest“ täielikult teadlik, nagu sellestki, et ta oleks pidanud kandidaadi töölevõtmise korral maksma sellele oma rahast ja ilma riigipoolse toetuseta rasedus- ja sünnituspuhkustasu, mida ta teha ei soovinud. Seega oli riigisiseste õigusnormidega ette nähtud (suur) rahaline ajend mitte võtta tööle rasedaid. Samas aga oli ka selge, et selle üle, kas ja kuidas neid diskrimineerivaid norme konkreetsel juhul kohaldada, otsustas tööandja.

⁹⁵ 10. aprilli 1984. aasta kohtuotsus von Colson ja Kamann (14/83, EU:C:1984:153). Kohtuasjades, kus Euroopa Kohus on sedastanud, et ELi õigusest tulenevalt peab liikmesriikide õiguses olema ette nähtud võimalus esitada eraõiguslike isikute vastu ELi õiguse rikkumise eest kahju hüvitamise hagi, on ta järjekindlalt kinnitanud, et sellisel õiguskaitsevahendil peavad olema heastavad ja *heidutavad* eesmärgid. Vt 20. septembri 2001. aasta kohtuotsus Courage ja Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, punkt 27).

⁹⁶ Ei saa eeldada, et ükski tööandja või kõik tööandjad või isegi enamik neist esitab riigi vastu kahju hüvitamise hagi, mis ka rahuldatakse. Seega on õiglane tunnistada, et otsus selle kohta, kes on kostja sellises kohtuasjas nagu käesolev, tähendab tegelikkuses otsust selle kohta, kelle kanda jäävad kulud.

185. Eespool kirjeldatud põhjuste kokkuvõtteks märgin, et minu arvates ei tulene ELi õigusest *kohustust* tagada kohtuasjas nagu käesolev õiguskaitsevahendit tööandja vastu, kui see on järginud riigisiseseid õigusnorme, mis loetakse vastuolus olevaks harta artikli 21 lõikega 1 (koostoimes direktiiviga 2000/78). Selguse huvides lisan, et see järeldus puudutab ainult *eraõiguslike* isikute vahelisi vaidlusi, mitte selliseid, kus kostja rollis on riik (kui tööandja). ELi õigusest tulenevalt ei ole aga *keelatud* tagada õiguskaitsevahendit isegi *eraõiguslike* tööandjate vastu, kui selline õiguskaitsevahend on riigisiseses õiguses ette nähtud.

ii) Kahju hüvitamise hagi riigi vastu

186. Euroopa Kohus teeb oma praktikas vahet diskrimineerimisel, mis lähtub *seadusandjast* (nagu põhikohtuasjas), ja sellisel, mis lähtub *tööandjast*.⁹⁷ Lasen end inspireerida komisjoni veenvatest argumentidest kohtuasjas Dekker:⁹⁸ „Käesolevatel asjaoludel on asjakohane esitada küsimus, kas tööandjalt saab õiguspäraselt oodata seda, et ta kas lihtsalt eirab diskrimineerivaid riigisiseseid õigusnorme või vaidlustab kohtus nende kooskõla direktiiviga või meeste ja naiste võrdse kohtlemise seadusega [kohtuasjas Dekker]. Sellise kohtuvaidluse tulemus oleks aga väga ebakindel; igal juhul oleks seda laadi kohustus sama, kui jätta tööandja kanda kohustus, mida peaks täitma riik“.

187. On veelgi argumente selle kasuks, miks oleks käesolevas asjas ELi õiguse puhul kohatu järeldada, et sellest tuleneb kohustus tagada õiguskaitsevahend eraõiguslike tööandjate vastu, ja miks peaks tõhus kohtulik kaitse seisnema võimaluses esitada kahju hüvitamise hagi riigi vastu. Enamik neist peegeldab argumente, mida käsitlesin juba eelmises osas.

188. Esimene neist on lihtne moraalne argument, millest oli allika ja süü teema puhul juttu eelmises osas. Diskrimineerimise peasüüdlane on riik. Seda silmas pidades jääb arusaamatuks, miks peaks selle süü eest karistust kandma esmajoones tööandja.

189. Moraalne argument on kooskõlas struktuursega. Kui ELi õigusega vastuolus olev riigisisene õigusnorm tunnistatakse abstraktse hindamise tulemusel ELi õiguse esimuse põhimõttest lähtuvalt kehtetuks, on selge, et süü selle ja sellega kaasneva seadusandliku vaakumi eest langeb liikmesriigile.

190. Teiseks ei ole esmajoones tööandjate vastutusele võtmisel nende jaoks heidutavat mõju⁹⁹ ja see võib isegi vähendada heidutavat mõju peasüüdlasele, s.o riigile. Õigusaktide muutmiseks on vaja riigile survet avaldada.

191. Kolmandaks, kui töötajad saavad oma tööandjat kohtusse anda selle eest, et see on seadust kohaldanud, ja tööandjad saavad selle eest omakorda kohtusse anda riigi, tekib dubleeriv kohtuvaidlus. Seega kui kannatanu saab pöörduda otse süüdlase, mitte süüta vahendaja vastu, saab ära hoida ühe menetlusvooru.

192. Neljandaks on Euroopa Kohus eraõiguslike vaidluste puhul, kus mõne direktiivi kooskõlaline tõlgendamine ei ole võimalik, järjepidevalt eitanud, et eraõiguslik isik saab vaidluses teise eraõigusliku isikuga tugineda sellele direktiivile. Õiguskaitsevahend peab olema olema, kuid selleks on kahju hüvitamise hagi riigi vastu.¹⁰⁰ Ei ole selge, miks see ei peaks põhimõtteliselt nii olema ka juhul, kui paralleelselt tuginetakse harta sätetele. Sedasi peaks vaidlustes, kus tuginetakse ELi õiguse allikatele, millel ei ole horisontaalset vahetut õigusmõju, (horisontaalsetes) eraõiguslikes suhetes võimalike õiguskaitsevahendite struktuur jääma sidusaks.

⁹⁷ Punktid 50–52 eespool.

⁹⁸ Nagu kokkuvõtvalt esitatud kohtuistungi ettekandes. Vt Ward, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, lk 57.

⁹⁹ Punkt 180 eespool.

¹⁰⁰ 19. novembri 1991. aasta kohtuotsus Francovich jt (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428, punkt 45) ja 15. jaanuari 2014. aasta kohtuotsus Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 50).

193. Viiendaks ja viimaseks on üldise järjepidevuse puhul veel üks aspekt, mis räägib minu pakutud õiguskaitsevahendite lahenduse kasuks. See on seotud võrdlusraamistikuga, mida käsitlesin eespool. Leidsin seal, et kooskõla abstraktsel hindamisel peaksid võrdlusraamistiku moodustama rühmad.¹⁰¹ See on täiesti kooskõlas tõsiasjaga, et eristamine lähtub riigisisestest õigusnormidest, mitte töandja otsustest. Sel põhjusel ei olnud oluline, kes olid töandja (Cresco Investigation) teised töötajad ja kas hagejat koheldi nendega võrreldes erinevalt.

194. See küsimus muutuks aga väga tähtsaks ja sellega seoses algaks taas vaidlus võrreldavuse teemal siis, kui hageja peab töandja andma kohtusse väitega, et see on teda diskrimineerinud.¹⁰² Kui eeldada, et sellel töandjal ei ole ühtki töötajat, kes oleks ühegi kõnealuse nelja kiriku liige,¹⁰³ siis oleks loogiline vastuväide muidugi, et ta ei ole kedagi diskrimineerinud, kuna ta on kõiki oma töötajaid kohelnud ühtmoodi. Kuidas saaks sellisel juhul sellele töandjale süüks panna diskrimineerimist, kui tal oli täiesti võimatu seda teha?

195. Ükskõik mis lähenemisviisi Euroopa Kohus lõpuks valib, rõhutavad viimased kaks aspekti vajadust loogilise järjepidevuse järele kahel tasandil: esiteks käesoleva asja piires (hindamise laad on seotud võrreldavuse raamistikuga ja see omakorda mõjutab õiguskaitsevahendite küsimust) ja teiseks horisontaalselt selles mõttes, et millised õiguskaitsevahendid on olemas teatavate ELi õiguse allikate rikkumise korral.

196. Käesolevas ja sellele eelnevates osades kirjeldatud põhjustel olen seisukohal, et eraõiguslikud isikud võivad ELi õigusega vastuolus olevate riigisiseste õigusnormide kohaldamata jätmist nõudes tugineda harta artikli 21 lõikele 1 (koostoimes direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punktiga a). ELi õigusest ei tulene aga hartaga vastuolus olevaid riigisiseseid õigusnorme kohaldavatele *eraõiguslikele* töandjatele kohustust maksta selle eest, et riik ei ole nende normide kooskõla hartaga taganud.

4. Ettepanek neljanda küsimuse kohta

197. Eespool esitatud kaalutlusi arvestades teen ettepaneku vastata eelotsusetaotluse esitanud kohtu neljandale küsimusele järgmiselt:

Sellistel asjaoludel nagu käesolevas asjas, kus on menetlemisel eraõiguslike isikute vaheline vaidlus:

- senikaua, kui seadusandja ei ole õigusest kaotanud diskrimineerimist, tuleb riigisisest õigusnormid, mis tunnistatakse vastuolus olevaks põhiõiguste harta artikli 21 lõikega 1 koostoimes direktiivi 2000/78/EÜ artikliga 1, artikli 2 lõike 2 punktiga a ja artikli 7 lõikega 1, jätta kohaldamata;
- põhiõiguste harta artikli 21 lõikest 1 koostoimes direktiivi 2000/78/EÜ artikliga 1, artikli 2 lõike 2 punktiga a ja artikli 7 lõikega 1 ei saa iseenesest tuleneda kohustusi töandjatele;
- isik, kelle huve on selliste riigisiseste õigusnormide kohaldamisega kahjustatud, võib siiski tugineda 19. novembri 1991. aasta kohtuotsusele Francovich jt (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428), et võimaluse korral saada talle tekitatud kahju eest hüvitist.

¹⁰¹ Punktid 45–54 eespool.

¹⁰² Kahtlustan, et selle asjaolu tõttu ongi osaliselt tekkinud segadusi võrreldavuse küsimuses (eespool punktides 46–48).

¹⁰³ Mis on statistiliselt arvatavasti üsna tõenäoline ja mitte ainult Cresco Investigationi, vaid ka paljude teiste Austria töandjate puhul. On kinnitatud, et kõnealuse nelja kiriku liikmed moodustavad kogu Austria töötajaskonnast 2%.

V. Ettepanek

198. Eeltoodust lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Oberster Gerichtshofi (Austria kõrgeim üldkohus) esitatud küsimustele järgmiselt:

1. Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikli 21 lõiget 1 koostoimes nõukogu 27. novembri 2000. aasta direktiivi 2000/78/EÜ, millega kehtestatakse üldine raamistik võrdseks kohtlemiseks töö saamisel ja kutsealale pääsemisel, artikliga 1 ja artikli 2 lõike 2 punktiga a tuleb tõlgendada nii, et nende sätetega on vastuolus selline riigisisene õigusnorm, mille kohaselt on suur reede puhkepäev vähemalt 24tunnise järjestikuse puhkeajaga ainult evangeelse kiriku (Augsburgi usutunnistus ja Helveetsia usutunnistus), vanakatoliku kiriku ja Ühinenud Metodisti Kiriku liikmete jaoks ja juhul, kui nende kirikute liige teeb hoolimata puhkepäeval ette nähtud puhkeajast tööd, on tal lisaks tasule puhkepäeva töttu ära jäänud töö eest õigus ka töötasule töötamise korral, aga muudel töötajatel, kes ei ole nimetatud kirikute liikmed, seda õigust ei ole.
2. Käesolevas asjas kõne all olevat laadi asjaoludel ei ole liikmesriigi õigusnorm, mis näeb esimeses küsimuses osutatud liiki puhkepäevatasu ainult teatavate kirikute nendele liikmetele, kes suurel reedel töötavad, selline meede, mis on demokraatlikus ühiskonnas vajalik selleks, et tagada teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitse direktiivi 2000/78 tähenduses.
3. Liikmesriigi õigusnormid, mis näevad ette esimeses küsimuses osutatud liiki puhkepäevatasu, ei ole positiivne toimimisviis direktiivi 2000/78 artikli 7 lõike 1 tähenduses.
4. Sellistel asjaoludel nagu käesolevas asjas, kus on menetlemisel eraõiguslike isikute vaheline vaidlus:
 - senikaua, kui seadusandja ei ole õigusest kaotanud diskrimineerimist, tuleb riigisiseseid õigusnormid, mis tunnistatakse vastuolus olevaks põhiõiguste harta artikli 21 lõikega 1 koostoimes direktiivi 2000/78/EÜ artikliga 1, artikli 2 lõike 2 punktiga a ja artikli 7 lõikega 1, jätta kohaldamata;
 - põhiõiguste harta artikli 21 lõikest 1 koostoimes direktiivi 2000/78/EÜ artikliga 1, artikli 2 lõike 2 punktiga a ja artikli 7 lõikega 1 ei saa iseenesest tuleneda kohustusi tööandjatele;
 - isik, kelle huve on selliste riigisiseste õigusnormide kohaldamisega kahjustatud, võib siiski tugineda 19. novembri 1991. aasta kohtuotsusele Francovich jt (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428), et võimaluse korral saada talle tekitatud kahju eest hüvitist.