



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

MICHAL BOBEK

25 päivänä heinäkuuta 2018¹

Asia C-193/17

Cresco Investigation GmbH

vastaan

Markus Achatzi

(Ennakkoratkaisupyyntö – Oberster Gerichtshof (ylin tuomioistuin, Itävalta))

Ennakkoratkaisupyyntö – Yhdenvertainen kohtelu työssä ja ammatissa – Kansallinen säännöstö, jossa annetaan tiettyjä oikeuksia rajatulle työntekijäryhmälle – Vertailukelpoisuus – Uskontoon perustuva välitön syrjintä – Oikeuttamisperuste – Positiivinen erityistoimenpide – Euroopan unionin perusoikeuskirjan horisontaalinen soveltaminen – Perusoikeuskirjan horisontaalinen välitön oikeusvaikutus – Työnantajien ja kansallisten tuomioistuinten velvollisuudet, jos kansallinen lainsäädäntö on ristiriidassa perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan ja direktiivin 2000/78/EY 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan kanssa

I Johdanto

1. Itävallan lainsäädännön mukaan pitkäperjantai on (palkallinen) yleinen vapaapäivä ainoastaan neljän kirkon jäsenille. Jos näiden kirkkojen jäsenet kuitenkin työskentelevät pitkäperjantaina, heillä on itse asiassa oikeus saada kaksinkertaista palkkaa. Markus Achatzi (jäljempänä kantaja) työskentelee Cresco Investigation GmbH:n (jäljempänä vastaaja) palveluksessa. Kantaja ei kuulu mihinkään näistä neljästä kirkosta. Hän ei siten saanut palkallista vapaapäivää eikä kaksinkertaista palkkaa pitkäperjantaina työskentelystä vuonna 2015.

2. Kantaja nosti vastaajaa vastaan kanteen, jossa hän vaati palkanlisää, joka hänen olisi hänen mielestään pitänyt saada työskentelystään pitkäperjantaina, ja väitti, että kansallinen säännös merkitsee uskontoon ja vakaumukseen perustuvaa syrjintää työolojen ja palkan osalta. Tässä asiayhteydessä Oberster Gerichtshof (ylin tuomioistuin, Itävalta) tiedustelee unionin tuomioistuimelta lähinnä, onko kyseessä olevan kansallisen säännön kaltainen sääntö unionin oikeus huomioon ottaen syrjivä ja, jos on, mitä tällaisesta toteamisesta seuraisi ajanjaksona, joka edeltää sitä, että kansallinen lainsäätävä on antanut uuden, syrjimättömän sääntelyn: olisiko kaikkien työntekijöiden saatava pitkäperjantaita koskeva loma-oikeus ja palkanlisä (jonka työnantaja maksaa), vai eikö tällaista etuutta pidä myöntää yhdellekään työntekijälle?

¹ Alkuperäinen kieli: englanti.

3. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa kysymyksissään ”perusoikeuskirjan 21 artiklaan luettuna yhdessä” direktiivin 2000/78/EY kanssa.² Perusoikeuskirjan määräyksen ja johdetun oikeuden merkityksellisen säännöksen, joka ilmentää kyseistä perusoikeuskirjan määräystä, tietynlainen de facto sisällöllinen ja soveltamiseen liittyvä rinnakkaisuus ei suinkaan ole uutta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Kun käsitellään kysymystä kansallisen säännöksen *abstraktista* yhteensopivuudesta perusoikeuskirjan ja unionin direktiivin kanssa,³ kysymys siitä, mitä asiassa tarkasti ottaen sovelletaan, on oletettavasti merkitykseltään toissijainen. Käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuinta pyydetään kuitenkin täsmentämään tällaisen mahdollisen yhteensopimattomuuden seurauksia tietylle (horisontaaliselle) oikeussuhteelle, mikä puolestaan edellyttää sen erittelemistä, minkä kanssa tällainen kansallinen säännös tarkasti ottaen olisi yhteensopimaton tämäläisessä oikeussuhteessa.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus

1 Perusoikeuskirja

4. Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 21 artiklan 1 kohdassa määrätään seuraavaa: ”Kielletään kaikenlainen syrjintä, joka perustuu sukupuoleen, rotuun, ihonväriin tai etniseen taikka yhteiskunnalliseen alkuperään, geneettisiin ominaisuuksiin, kieleen, uskontoon tai vakaumukseen, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen tai muuhun sellaiseen seikkaan.”

5. Perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdassa määrätään seuraavaa: ”Tässä perusoikeuskirjassa tunnustettujen oikeuksien ja vapauksien käyttämisestä voidaan rajoittaa ainoastaan lailla sekä kyseisten oikeuksien ja vapauksien keskeistä sisältöä kunnioittaen. Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rajoituksia voidaan säätää ainoastaan, jos ne ovat välttämättömiä ja vastaavat tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia.”

2 Direktiivi 2000/78

6. Direktiivin 2000/78 1, 2 ja 7 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1 artikla

Tarkoitus

Tämän direktiivin tarkoituksena on luoda yleiset puitteet uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän torjumiselle työssä ja ammatissa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen toteuttamiseksi jäsenvaltioissa.

² Yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista 27.11.2000 annettu neuvoston direktiivi 2000/78/EY (EYVL 2000, L 303, s. 16).

³ Kyse on tällöin siitä, onko kansallinen säännös, jolla on tietyt ominaispiirteet, yleisesti ja pohjimmiltaan riippumatta sen oikeussuhteen luonteesta, jossa sitä on sovellettu kansallisella tasolla, yhteensopiva unionin oikeuden kanssa – ks. äskettäin esim. tuomio 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

2 artikla

Syrjinnän käsite

1. Tässä direktiivissä 'yhdenvertaisen kohtelun periaatteella' tarkoitetaan, ettei minkäänlaista 1 artiklassa tarkoitettuun seikkaan perustuvaa välitöntä tai välillistä syrjintää saa esiintyä.

2. Sovelletaessa 1 kohtaa:

- a) välittömänä syrjintänä pidetään sitä, että henkilöä kohdellaan jonkin 1 artiklassa tarkoitetun seikan perusteella epäsuotuisammin kuin jotakuta muuta kohdellaan, on kohdeltu tai voitaisiin kohdella vertailukelpoisessa tilanteessa;
- b) välillisenä syrjintänä pidetään sitä, että näennäisesti puolueeton säännös, peruste tai käytäntö saattaa henkilöt näiden tietyn uskonnon tai vakaumuksen, tietyn vamman, tietyn iän tai tietyn sukupuolisen suuntautumisen perusteella erityisen epäedulliseen asemaan muihin henkilöihin nähden, paitsi jos

--

5. Tämä direktiivi ei vaikuta sellaisiin kansallisessa lainsäädännössä säädettyihin toimenpiteisiin, jotka demokraattisessa yhteiskunnassa ovat tarpeen yleisen turvallisuuden ja järjestyksen takaamiseksi ja rikollisuuden estämiseksi, terveyden sekä muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.

--

7 artikla

Positiivinen toiminta ja erityistoimenpiteet

1. Täydellisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi työelämässä, yhdenvertaisen kohtelun periaate ei estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta erityistoimenpiteitä, joiden tarkoituksena on ehkäistä tai hyvittää haittoja, jotka liittyvät johonkin 1 artiklassa tarkoitettuun perusteeseen.

--”

B Kansallinen oikeus

7. Viikoittaisesta lepoajasta ja yleisinä vapaapäivinä annettavasta lepoajasta 3.2.1983 annetun liittovaltion lain – Laki lepoajoista töissä (Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz); BGBl nro 144/1983), sellaisena kuin se on muutettuna, (jäljempänä lepo- ja vapaa-ajasta annettu laki) 7 §:n 2 momentissa luetellaan 13 kansallista yleistä vapaapäivää, joita sovelletaan kaikkiin työntekijöihin. Saman pykälän 3 momentin mukaan myös pitkäperjantai on vapaapäivä Augsburgin ja Helvetian tunnustusten mukaisten evankelisten kirkkojen, vanhakatolisen kirkon ja evankelis-metodistisen kirkon jäsenille.

8. Lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 9 §:ssä säädetään lähinnä, että työntekijä, joka ei työskentele yleisenä vapaapäivänä, on silti oikeutettu saamaan täyden palkan kyseiseltä päivältä (9 §:n 1 momentti) ja, jos hän työskentelee kyseisenä päivänä, hänelle maksetaan kaksinkertainen palkka (9 §:n 5 momentti).

III Tosiseikat, asian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymykset

9. Työntekijä, joka työskentelee jonakin 13 palkallisesta yleisestä vapaapäivästä Itävallassa, saa tavanomaisen palkkansa lisäksi samansuuruisen vapaapäiväkorvaukseen (jäljempänä korvaus), minkä seurauksena hänelle käytännössä maksetaan kaksinkertainen palkka. Koska pitkäperjantai on kuitenkin palkallinen yleinen vapaapäivä ainoastaan neljän kirkon jäsenille, vain nämä jäsenet ovat oikeutettuja palkalliseen yleiseen vapaapäivään pitkäperjantaina tai korvaukseen tavanomaisen palkkansa lisäksi, jos he päättävät työskennellä kyseisenä päivänä.

10. Kantaja työskentelee vastaajan palveluksessa. Hän ei kuulu mihinkään näistä neljästä kirkosta. Hän ei siten saanut palkallista vapaapäivää tai korvausta vastaajalta työskentelystään pitkäperjantaina 3.4.2015.

11. Kantaja vaatii kanteessaan vastaajaa maksamaan hänelle 109,09 euroa korkoineen. Säännös, jonka mukaan pitkäperjantai on yleinen vapaapäivä yksinomaan kyseisten neljän kirkon jäsenille, yhdistettynä korvaukseen, joka maksetaan, jos he työskentelevät kyseisenä päivänä, merkitsee hänen mukaansa uskontoon ja vakaumukseen perustuvaa syrjintää työolojen ja palkan osalta.

12. Vastaaja kiistää tämän ja vaatii, että kanne hylätään ja että kantaja veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut. Vastaajan mukaan kyse ei ole syrjinnästä.

13. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi kanteen sillä perusteella, että pitkäperjantaita koskeva säännös merkitsi sellaisten tilanteiden, jotka eivät ole toisiinsa rinnastettavissa, objektiivisesti tarkasteltuna perusteltua erilaista kohtelua.

14. Muutoksenhakutuomioistuin myönsi kantajalle valitusluvan ja muutti alkuperäistä tuomiota siten, että kantajan vaatimus hyväksyttiin. Se perusti päätöksensä siihen lähtökohtaan, että kansalliset säännökset, joissa säädetään erilaisesta kohtelusta pitkäperjantain osalta, ovat suoraan sovellettavan perusoikeuskirjan 21 artiklan vastaisia. Sen mukaan kyseisiä työntekijöitä syrjittiin välittömästi uskonnon perusteella, mikä ei ole oikeutettua. Pitkäperjantaita yleisenä vapaapäivänä ei siten voida rajata koskemaan tiettyjä työntekijäryhmiä sillä seurauksella, että kantaja, joka oli työskennellyt pitkäperjantaina 3.4.2015, oli myös oikeutettu korvaukseen.

15. Oberster Gerichtshofin on nyt ratkaistava oikeuskysymyksiin rajoittuva valitus, jonka vastaaja on tehnyt valituksesta annetusta ratkaisusta ja jolla vastaaja pyrkii palauttamaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion, jossa kanne hylättiin. Oberster Gerichtshof päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

- ”1) Onko unionin oikeutta, erityisesti perusoikeuskirjan 21 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78/EY 1 artiklan ja 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan kanssa, tulkittava siten, että se on työntekijän ja työnantajan välistä yksityisoikeudellista työsuhdetta koskevassa oikeusriidassa esteenä sellaiselle kansalliselle säännöstölle, jonka mukaan vain Augsburgin ja Helvetian tunnustusten mukaisten evankelisten kirkkojen jäsenille, vanhakatolisen kirkon ja evankelis-metodistisen kirkon jäsenille myös pitkäperjantai on vapaapäivä vähintään 24 tunnin keskeytymättömällä lepoajalla, ja jos [johonkin näistä kirkoista kuuluva] työntekijä työskentelee vapaapäivästä huolimatta, tällä on vapaapäivän vuoksi tekemättä jääneestä työsuorituksesta maksettavan korvauksen lisäksi oikeus suoritettun työn perusteella maksettavaan palkkaan, mutta muilla työntekijöillä, jotka eivät ole mainittujen kirkkojen jäseniä, tätä oikeutta ei ole?
- 2) Onko unionin oikeutta, erityisesti perusoikeuskirjan 21 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78/EY 2 artiklan 5 kohdan kanssa, tulkittava siten, että kyseinen direktiivi ei koske ensimmäisessä kysymyksessä kuvailtua kansallista säännöstöä, jolla – kun otetaan huomioon väestön kokonaismäärä ja se, että enemmistö siitä kuuluu roomalaiskatoliseen kirkkoon – annetaan vain suhteellisen pienelle ryhmälle tiettyjen (muiden) kirkkojen jäseniä oikeuksia, sen

vuoksi, että kyseessä on toimenpide, joka on demokraattisessa yhteiskunnassa tarpeen muiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi, erityisesti uskonnon vapaata harjoittamista koskevan oikeuden turvaamiseksi?

- 3) Onko unionin oikeutta, erityisesti perusoikeuskirjan 21 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78/EY 7 artiklan 1 kohdan kanssa, tulkittava siten, että ensimmäisessä kysymyksessä kuvailtu kansallinen säännöstö on positiivinen erityistoimenpide ensimmäisessä kysymyksessä mainittujen kirkkojen jäsenten hyväksi heidän yhdenvertaisuutensa toteuttamiseksi työelämässä, jotta estettäisiin näille jäsenille uskonnosta aiheutuvat haitat tai hyvitetäisiin ne, jos heille siten annetaan sama oikeus uskonnonharjoittamiseen työaikana tämän uskonnon mukaisena suurena juhlapäivänä, kuten muutoin työntekijöiden enemmistöllä on toisen kansallisen säännösten perusteella siitä syystä, että sen uskonnon, jota enemmistö työntekijöistä tunnustaa, mukaisina juhlapäivinä työntekijöillä on yleisesti vapaata?
- 4) Jos katsotaan, että kyseessä on direktiivin 2000/78/EY 2 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettu syrjintä:

Onko unionin oikeutta, erityisesti perusoikeuskirjan 21 artiklaa, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78/EY 1 artiklan, 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 7 artiklan 1 kohdan kanssa, tulkittava siten, että niin kauan kuin lainsäätävä ei luo syrjimätöntä oikeudellista tilannetta, yksityisen työnantajan on myönnettävä kaikille työntekijöille näiden uskontokuntaan kuulumisesta riippumatta ensimmäisessä kysymyksessä kuvailtu pitkäperjantaita koskevat oikeudet, vai onko ensimmäisessä kysymyksessä kuvailtu kansallinen säännöstö jätettävä kokonaan soveltamatta niin, että ensimmäisessä kysymyksessä kuvailtuja pitkäperjantaita koskevia oikeuksia ei pidä myöntää millekään työntekijäryhmälle?”

16. Kirjallisia huomautuksia esittivät kantajan ja vastaajan lisäksi Itävallan, Italian ja Puolan hallitukset sekä Euroopan komissio. Samat asianosaiset ja muut osapuolet esittivät myös suullisia huomautuksia 10.4.2018 pidetyssä istunnossa.

IV Arviointi

A Johdanto

17. Käsiteltävän kaltaisessa asiassa se, että palkallinen yleinen vapaapäivä myönnetään pitkäperjantaina ainoastaan kyseisten neljän kirkon jäsenille tai että he saavat korvauksen työskennellessään kyseisenä päivänä, on nähdäkseni perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua uskontoon perustuvaa syrjintää ja direktiivin 2000/78 2 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettua välitöntä syrjintää (ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäinen kysymys, jota käsitellään jäljempänä C jaksossa). Tälle syrjinnälle ei ilmeisestikään ole pätevää oikeuttamisperustetta (toinen kysymys, jota käsitellään D jaksossa). Minun on jokseenkin vaikea luonnehtia kyseistä kohtelua ”positiiviseksi erityistoimenpiteeksi” (kolmas kysymys, jota käsitellään E jaksossa).

18. Käsiteltävään asiaan liittyvä monimutkaisempi kysymys on mielestäni se, mitä oikeudellisia vaikutuksia tällä (abstraktilla) syrjintää koskevalla toteamuksella, joka esitetään direktiivin (jolla ei ole horisontaalista välitöntä oikeusvaikutusta yksityisten välisissä oikeussuhteissa) ja perusoikeuskirjan määräyksen perusteella, on yksityisten oikeussubjektien välisessä riita-asiassa. Unionin oikeuden ensisijaisuuden periaate edellyttää kansallisen säännöksen soveltamatta jättämistä. Voidaanko joko kyseisestä periaatteesta tai perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdasta, jolla on mahdollisesti horisontaalinen välitön oikeusvaikutus, kuitenkin johtaa lisäksi, että (yksityisoikeudellinen) työnantaja on unionin oikeuden nojalla velvollinen maksamaan tavanomaisen palkan lisäksi korvauksen kaikille

pitkäperjantaina työskenteleville työntekijöille heidän uskonnollisesta vakaumuksestaan riippumatta? Mielestäni ei voida. Unionin oikeudessa kuitenkin edellytetään, että työntekijällä on käytettävissään tehokkaat oikeussuojakeinot, joihin voi sisältyä mahdollisuus nostaa vahingonkorvauskanne jäsenvaltiota vastaan (neljäs kysymys, jota käsitellään jäljempänä F jaksossa).

19. Ennen kuin käsittelen ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksiä edellä kuvatussa järjestyksessä, tarkastelen Italian ja Puolan hallitusten SEUT 17 artiklan osalta esille tuomaa toimivaltakysymystä.

B Unionin tuomioistuimen toimivalta

20. Kirjallisissa huomautuksissaan ja suullisissa lausumissaan Puolan hallitus väitti, että pitkäperjantaina vietettävää yleistä vapaapäivää koskevat säännökset ovat säännöksiä, jotka koskevat kyseisten neljän kirkon ja Itävallan valtion välisiä suhteita. Sellaisina ne kuuluvat SEUT 17 artiklan 1 kohtaan sisältyvään käsitteeseen ”kirkkojen ja uskonnollisten yhdistysten tai yhdyskuntien asema, joka niillä on kansallisen lainsäädännön mukaisesti jäsenvaltioissa”. Puolan hallituksen mukaan unionin tuomioistuin ei siten ole toimivaltainen vastaamaan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksiin. Italian hallitus esitti istunnossa samankaltaisen väitteen SEUT 17 artiklan yhteydessä. Sen mukaan unionin tuomioistuimen pitäisi vastata sille esitettyihin kysymyksiin vahvistamalla, että jäsenvaltioilla on yksinomainen toimivalta päättää yleisen vapaapäivän tai korvauksen myöntämisestä tietyille uskonnollisille ryhmille.

21. Nämä väitteet on mielestäni hylättävä.

22. Tuomiossa Egenberger unionin tuomioistuin katsoi, että ”SEUT 17 artiklassa ilmaistaan unionin neutraliteetti suhteessa siihen, miten jäsenvaltiot järjestävät suhteensa kirkkoihin tai uskonnollisiin yhdistyksiin tai yhdyskuntiin”.⁴ Samassa asiassa esittämässään ratkaisuehdotuksessa julkisasiamies Tanchev lisäsi, ettei neutraliteettivaatimus tarkoita, että kirkon ja valtion suhteet jäävät kaiken unionin perusoikeuksien (tai yleisemmin unionin oikeuden) noudattamista koskevan valvonnan ulkopuolelle, ”olivatpa olosuhteet mitkä hyvänsä”.⁵ Tuomiossa Egenberger unionin tuomioistuin nimittäin vahvisti nimenomaisesti, että ”[SEUT 17 artikla] ei ole sellainen, että siinä jätettäisiin tehokkaan tuomioistuinvalvonnan ulkopuolelle direktiivin 2000/78 4 artiklan 2 kohdassa vahvistettujen kriteerien noudattaminen”.⁶

23. Yleisemmällä tasolla julkisasiamiehet totesivat asioissa Achbita ja Egenberger, että SEUT 17 artiklalla ”täydennetään ja konkretisoidaan SEU 4 artiklan 2 kohtaa”. Viimeksi mainitusta määräyksestä ”ei yksinään voida päätellä, että tietyt aihealueet tai toimialat jäisivät kokonaan direktiivin 2000/78 soveltamisalan ulkopuolelle”.⁷

24. Samaan tapaan tuomiossa Congregación de Escuelas Pías de Betania⁸ SEUT 17 artiklan 1 kohta ei vaikuttanut olevan mitenkään esteenä unionin valtioneuvoston soveltamiselle kirkkojen tuloihin. Unionin tuomioistuin ei edes käsitellyt SEUT 17 artiklan 1 kohtaan liittyvää kysymystä,⁹ vaikka kyseisen asian voitaisiin, tietyistä näkökulmista tarkasteltuna, katsoa koskevan kirkon ja valtion välisiä taloudellisia suhteita tai sillä voitaisiin katsoa olevan merkittäviä seurauksia kirkkojen taloudelliselle asemalle.

4 Tuomio 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, 58 kohta).

5 Julkisasiamies Tanchevin ratkaisuehdotus Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, 93 kohta, ks. myös 88 kohta).

6 Tuomio 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, 58 kohta).

7 Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, 32 kohta) ja julkisasiamies Tanchevin ratkaisuehdotus Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, 95 kohta).

8 Tuomio 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496).

9 Ks. kuitenkin julkisasiamies Kokottin samassa asiassa esittämä ratkaisuehdotus (C-74/16, EU:C:2017:135, 29–33 kohta).

25. Kyseisestä oikeuskäytännöstä syntyvä kuva vaikuttaa melko selkeältä: SEUT 17 artiklan 1 kohdassa vahvistetaan unionin oikeuden neutraliteetti suhteessa kirkkojen asemaan ja edellytetään, ettei tähän asemaan puututa. Euroopan unioni julistautuu ymmärtääkseni täysin neutraaliksi, jopa agnostiseksi, suhteessa jäsenvaltioiden kirkkoa koskeviin järjestelyihin suppeammassa merkityksessä: esimerkiksi sen suhteen, määritteleekö jäsenvaltio itsensä uskonnollisesti täysin neutraaliksi vai onko jäsenvaltiossa valtionkirkko. Tällainen neutraalisuusjulistus on tärkeä *periaatteellinen kannanotto*. Tätä suppeampaa käsitystä laajemmin tarkasteltuna se voi myös toimia *tulkintavälineenä*, jota voidaan soveltaa monialaisesti, kuten on itse asiassa SEUT:n I osan II osastoon (jonka otsikko on ”Yleisesti sovellettavat määräykset”) sisältyvien arvojen ja intressien tapauksessa muilla unionin oikeuden aloilla: kun kaikki muut tekijät ovat samanarvoisia, on asetettava etusijalle unionin oikeuden tulkinta, joka edistää parhaalla mahdollisella tavalla näiden määräysten kuvastamia arvoja tai intressejä.

26. Näiden kahden ulottuvuuden lisäksi SEUT 17 artiklan 1 kohtaa ei kuitenkaan voida nähdäkseni ymmärtää siten, että sen seurauksena *mitkä tahansa* kansalliset säännökset, jotka koskevat valtion suhdetta kirkkoihin tai näiden asemaa, jäävät yksinkertaisesti unionin oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle. Aivan kuten verovapautukset eivät jää unionin oikeuden valtioneuvoston soveltamisalan ulkopuolelle yksinomaan sen takia, että ne koskevat kirkkoa, tai viini ei jää tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevien perussopimusten määräysten soveltamisalan ulkopuolelle vain siksi, että kyseessä on liturgisiin tarkoituksiin käytettävä ehtoollisviini. Yksinkertaistetusti aseman kunnioittamista ei voida tulkita ”ryhmäpoikkeukseksi”, joka koskee mitä tahansa kirkkoon tai uskonnolliseen yhdyskuntaan liittyvää asiaa.

27. En siten näe, miten säännös, jossa asetetaan kaikille työnantajille (uskosta tai sen puuttumisesta riippumatta) velvollisuus myöntää palkallinen vapaapäivä työntekijöille, jotka ovat kyseisten neljän kirkon jäseniä (tai korvaus niille jäsenille, jotka työskentelevät kyseisenä päivänä), jäisi SEUT 17 artiklan 1 kohdan nojalla kokonaan perusoikeuskirjan tai direktiivin 2000/78 valossa harjoitettavan valvonnan ulkopuolelle.

28. Tätä käsitystä SEUT 17 artiklan 1 kohdasta tukee lisäksi se, että SEUT 17 artiklan 2 kohdassa ulotetaan vastaava neutraliteetin tae elämäkatsomuksellisten ja ei-tunnustuksellisten järjestöjen asemaan. Koska SEUT 17 artiklan 2 kohdan mukaan Euroopan unioni ”kunnioittaa myös” tällaisten järjestöjen asemaa, mitä tahansa kirkkoille ja uskonnollisille yhdistyksille tai yhdyskunnille hypoteettisesti myönnettävää ”poikkeusta” voitaisiin välittömästi soveltaa mihin tahansa elämäkatsomuksellisiin järjestöihin (jotka on jätetty pääosin määrittelemättä ja jäsenvaltioiden lainsäädännön alaan). SEUT 17 artiklan 2 kohta alleviivaa näin ollen sitä, ettei aikomuksena ole selvästikään voinut olla jättää unionin oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle mitä tahansa jäsenvaltioiden ja tällaisten järjestöjen välisiä, suoria tai välillisiä, yhteyksiä.

29. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin hylkää Italian ja Puolan hallitusten väitteet siitä, ettei unionin tuomioistuin ole toimivaltainen vastaamaan ennakkoratkaisukysymyksiin tai ettei asian kohde kuulu unionin toimivaltaan.

C Ensimmäinen kysymys

30. Ensimmäisellä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lähinnä, ovatko perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohta ja direktiivin 2000/78 2 artiklan 2 kohdan a alakohta esteenä kansalliselle säännöstölle, jossa myönnetään palkallinen vapaapäivä pitkäperjantaina ja korvaus siinä tapauksessa, että työntekijä työskentelee kyseisenä päivänä, vain kyseisten neljän kirkon jäsenille.

31. Tällainen säännöstö merkitsee nähdäkseni kyseisessä määräyksessä ja kyseisessä säännöksessä tarkoitettua syrjintää.

32. Yleisesti ottaen kyse on välittömästä syrjinnästä, jos henkilöä i) kohdellaan epäsuotuisammin ii) kuin kohdellaan jotakuta muuta, joka on vertailukelpoisessa tilanteessa, iii) suojellun seikan (tässä tapauksessa uskonnon) perusteella ja jos iv) tällaista erilaista kohtelua ei voida perustella objektiivisesti.¹⁰

33. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toinen kysymys koskee iv kohdassa tarkoitettuja mahdollisia oikeuttamisperusteita (jäljempänä D jakso).

34. Kun tarkastellaan i ja iii kohtaa, on mielestäni selvää, että nyt tarkasteltavassa tapauksessa henkilöä kohdellaan epäsuotuisammin uskonnon perusteella. Tämä epäsuotuisampi kohtelu koostuu siitä, että työntekijät, jotka eivät ole kyseisten neljän kirkon jäseniä, saavat pitkäperjantaina työskentelystä tavanomaisen tai ”yksinkertaisen” palkan, kun taas kyseisten kirkkojen jäsenet saavat tosiasiallisesti kaksinkertaisen palkan. Vaikka kantaja ei ymmärtääkseni vetoakaan tähän, palkallisen vapaan epääminen keneltä tahansa sellaiselta henkilöltä, joka ei ole kyseisten neljän kirkon jäsen, merkitsee myös epäsuotuisampaa uskontoon perustuvaa kohtelua.¹¹

35. Syrjintää koskevan tarkastelun viimeinen osatekijä eli vertailukelpoisuus on monimutkaisempi kysymys käsiteltävässä asiassa. Se edellyttää kahden seikan selventämistä. Ensinnäkin, ketä verrataan: yksittäisiä henkilöitä vai henkilöryhmiä (2)? Toiseksi, mitkä ovat vertailtavat merkitykselliset ominaisuudet? Millä abstraktiotasolla vertailu olisi tehtävä (3)?

36. Ennen näiden seikkojen seikkaperäistä tarkastelua on syytä esittää alustavia selvennyksiä analyysissä käytettävistä parametreista (1).

1 Analyysissä käytettävät parametrit: valvonnan tyyppi, sovellettava lainsäädäntö ja kyseisen etuuden täsmällinen luonne

37. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäisessä ja neljännessä kysymyksessä on ensinnäkin kaksi eri tasoa. Ensimmäinen taso koskee yhteensopivuuden *abstraktia* arviointia, ja siinä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää tarkastelemaan kansallisen säännösten yhteensopivuutta perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan kanssa, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan kanssa. Toisen kerroksen, johon ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa ensimmäisessä kysymyksessään ja jonka se tuo sitten selkeästi esille neljännessä kysymyksessä, muodostaa se, että pääasiassa on kyse yksityisten oikeussubjektien välisestä riita-asiasta. Millainen *tosiasiallinen* seuraus mahdollisella yhteensopimattomuuden toteamisella sitten olisi tämäntyyppisessä suhteessa?

38. Käsittelen näitä kahta kerrosta erikseen tässä ratkaisuehdotuksessa. Näiden kahden tason tosiasiallinen limittyminen aiheutti tässä oikeudenkäynnissä melkoista sekaannusta sekä oikeussuojakeinojen tasolla että vertailukelpoisuuden tarkastelussa. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen tässä B jaksossa ehdottamani vastaus onkin yleinen ja koskee ainoastaan säännösten yhteensopivuuden (abstraktia) valvontaa. Sitä, mitä tällainen mahdollinen toteamus tarkoittaa tietyn yksittäistapauksen tasolla, tarkastellaan neljännessä kysymyksessä (F jakso).

10 Ks. äskettäin yleisesti esim. tuomio 5.7.2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, 29–31 kohta) ja tuomio 12.12.2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, 31 kohta) tietysti sillä erotuksella, että perusoikeuskirjan yhteydessä tällaisen oikeuttamisperusteen on oltava sen 52 artiklan 1 kohdan mukainen, kun taas direktiivin 2000/78 yhteydessä oikeuttamisperusteen on oltava sen 2 artiklan 5 kohdan mukainen.

11 Käsittelen näiden kahden etuuden välistä eroa jäljempänä 40–44 ja 82–86 kohdassa.

39. Toiseksi tähän seikkaan liittyy kysymys sovellettavasta lainsäädännöstä. Kun unionin tuomioistuimelta on kysytty, ovatko perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohta ja direktiivin 2000/78 2 artiklan 2 kohdan a alakohta esteenä kansalliselle säännöstölle, unionin tuomioistuin on aiemmin arvioinut kansallisen säännösten aineellista yhteensopivuutta kyseisen direktiivin säännöksen kanssa ja tosiasiallisesti ulottanut saman arvioinnin koskemaan perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaa.¹² Yhteensopivuuden abstraktin valvonnan osalta voidaan selvästikin soveltaa näitä molempia unionin oikeuslähteitä.¹³ Näistä syistä ne molemmat otetaan huomioon samanaikaisesti vastattaessa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäiseen, toiseen ja kolmanteen kysymykseen. Tilanne mutkistuu sitä vastoin jossain määrin neljänteen kysymykseen vastaamisen yhteydessä.

40. Kolmanneksi syrjintää on arvioitava ”kyseessä olevan etuuden kannalta”.¹⁴ Käsiteltävässä asiassa kyseisten neljän kirkon jäsenille myönnetään eri ”etuuksia” (ja ne evätään niiltä, jotka eivät kuulu tähän ryhmään), nimittäin a) palkallinen vapaapäivä ja b) korvaus siinä tapauksessa, että henkilö työskentelee vapaapäivänä.

41. Katson, että tämän asian ratkaisemiseksi on tarpeen ainoastaan käsitellä tässä nimenomaisesti korvauksen väitettyä syrjivää luonnetta. Ennakkoratkaisupyyntöön sisältyvästä tosiseikkojen kuvauksesta nimittäin ilmenee, että kansallisissa tuomioistuimissa vireillä olevassa pääasian oikeudenkäynnissä kantaja *ei vaadi palkallista vapaapäivää pitkäperjantaina*. Hän vaatii sen sijaan *korvausta* työskennelytään kyseisenä päivänä.

42. Moititun epäsuotuisamman kohtelun,¹⁵ jonka osalta syrjintää on arvioitava, muodostaa siten nimenomaisesti korvauksen maksamatta jättäminen. Myös tässä mielessä ymmärrän ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäisen kysymyksen, jossa viitataan nimenomaisesti lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 7 §:n 3 momenttiin ja 9 §:n 5 momenttiin (joissa säädetään kaksinkertaisen palkan maksamisesta niille työntekijöille, jotka työskentelevät yleisenä vapaapäivänä) yhdessä eikä 7 §:n 3 momenttiin ja 9 §:n 1 momenttiin (joissa säädetään oikeudesta palkkaan, vaikka henkilö ei työskentelisiäkään palkallisena vapaapäivänä).

43. Ymmärrän täysin, että kaikki nämä säännökset liittyvät toisiinsa kansallisessa lainsäädännössä. Sen jälkeen, kun päivä on julistettu kansallisessa lainsäädännössä yleiseksi vapaapäiväksi, aletaan soveltaa yleisiä vapaapäiviä koskevaa koko sääntelyä, joka käsittää sekä oikeuden palkkaan kyseiseltä päivältä, vaikka henkilö ei työskentelisiäkään silloin, että oikeuden kaksinkertaiseen palkkaan, jos henkilö työskentelee kyseisenä päivänä (korvaus). Juuri tämä on kuitenkin osa ongelmaa: jos *sama oikeuttamisperuste* yhdistää tietyt etuudet tai oikeudet kansallisessa lainsäädännössä, on melko vaikea erottaa niitä toisistaan myöhemmin ja jättää huomiotta kaikki ne seuraukset, joita niillä kansallisen lainsäädännön nojalla on.

44. Kattavuuden vuoksi palaan kuitenkin palkallista vapaapäivää koskevaan kysymykseen tämän jakson lopussa.¹⁶

12 Äskettäin esim. tuomio 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, 16–18 ja 47 kohta).

13 Yksityiskohtaisemmin ks. ratkaisuehdotukseni Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:235, 20–36 kohta).

14 Tuomio 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, 25 kohta). Ks. myös tuomio 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, 32 kohta).

15 Edellä 32 kohdassa pääpiirteittäin esitetyn syrjinnän arvioinnin i vaiheessa tarkoitettulla tavalla.

16 Jäljempänä 82–86 kohdassa.

2 Keitä verrataan: yksilöitä vai ryhmiä?

45. Kantaja, vastaaja, Itävallan hallitus ja komissio ehdottivat kaikki tosiasiallisesti, että verrataan samoja ryhmiä, nimittäin i) kyseisten neljän kirkon jäseniä ja ii) kantajaa *henkilönä, joka ei kuulu mihinkään näistä neljästä kirkosta*.

46. Tämän seikan, josta vallitsi yksimielisyys, jälkeen asianosaisten ja muiden osapuolten näkemyksissä alkoi kuitenkin ilmetä eroja. Ne esittivät eriäviä näkemyksiä etenkin siitä, missä määrin olisi verrattava yksittäistä kantajaa yksilönä tai kantajaa ryhmän edustajana.

47. Kirjallisissa huomautuksissaan komissio vertaa ensin kantajaa kyseisten neljän kirkon jäseniin. Sen jälkeen se vertaa muita itävaltalaisia hypoteettisia työntekijäryhmiä kyseisten neljän kirkon jäseniin ja toteaa, että on kansallisen tuomioistuimen asia määrittää, johtaako kansallinen säännöstö syrjintään näissä tapauksissa. Myös muut menettelyn osapuolet ulottavat vertailun kantajaa laajemmalle. Esimerkiksi vastaaja vertaa kyseisten neljän kirkon jäseniä ”valtaosaan” työntekijöistä, jotka voivat harjoittaa uskontoaan (jos heillä on sellainen) jo myönnettyinä yleisinä vapaapäivinä.

48. Komissio katsoi lisäksi, että palkallisen vapaapäivän myöntäminen kyseisten neljän kirkon jäsenille *ei* merkinnyt *kantajan*, jonka komissio oletti olevan ateisti, syrjintää. Kantajan vakaumusta ei itse asiassa koskaan nimenomaisesti vahvistettu unionin tuomioistuimessa, paitsi että hän ei kuulunut mihinkään näistä neljästä kirkosta.

49. Komission päättelyssä korostuu eräs mielenkiintoinen seikka. Komissio ajautuu pois tarkastelusta, joka koskee kansallisten toimenpiteiden yhteensopivuutta unionin oikeuden kanssa, ja tarkastelee kantajan nimenomaista tapausta. Näin tehdessään se alleviivaa seikkaa, johon viitattiin aiemmin:¹⁷ kysymys siitä, onko kyseessä unionin oikeudessa kielletty syrjivä toimenpide (jota ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäinen kysymys koskee ja jonka osalta yhteensopivuutta arvioidaan yleisesti ja abstraktisti), on parasta pitää erillään seurauksista, joita tällaisella lainsäädäntöön sisältyvällä syrjinnällä on yksittäistapauksessa (mikä on neljännen kysymyksen kohteena).¹⁸

50. Tämä logiikka saa järjestelmällistä tukea tapauksista, joissa unionin tuomioistuinta on pyydetty arvioimaan lainsäädäntöön perustuvaa syrjintää koskevia tapauksia. Oikeuskäytännössä erotetaan ”syrjintä, joka perustuu välittömästi lainsäädäntöön tai työehtosopimukseen” ja työntekijän syrjintä ”samassa toimipaikassa tai yksikössä”. Toisin sanoen syrjintä, joka johtuu yhtäältä *lainsäätäjältä* ja toisaalta *työnantajasta*.¹⁹

51. Käsiteltävässä asiassa väitetty syrjintä johtuu *lainsäädännön säännöksistä* ja unionin tuomioistuinta pyydetään arvioimaan tällaisten säännösten yhteensopivuutta unionin oikeuden kanssa. Tämänäyttöisessä tilanteessa unionin tuomioistuin käyttää vertailussaan lähtökohtana lainsäädännössä määriteltyjä ryhmiä. Se seikka, että yksittäinen kantaja on jonkin tällaisen ryhmän jäsen, on tietysti merkityksellistä yhden vertailtavan ryhmän yksilöimisen kannalta. Tällaisen kantajan henkilökohtainen tilanne voi myös havainnollistaa yksittäistapauksissa arvioitavien yleisten sääntöjen toimintaa käytännössä. Tosiasia kuitenkin on, että silloin, kun syrjintä johtuu lainsäädännöstä, tällaisessa abstraktissa valvonnassa vertailtavina ovat ja vertailuanalyysin kehyyksen muodostavat henkilöryhmät eivätkä yksilöt.

17 Edellä tämän ratkaisuehdotuksen 37 ja 38 kohta.

18 Ks. tältä osin tuomio Feryn, jossa syrjintä johtui työnantajan maahanmuuttajavastaisesta työhönottopolitiikasta ja jossa todettiin, että *uhria ei ollut tarpeen yksilöidä* syrjinnän toteamiseksi (tuomio 10.7.2008, C-54/07, EU:C:2008:397, 40 kohta).

19 Ks. esim. tuomio 8.4.1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, 40 kohta) ja tuomio 17.9.2002, Lawrence ym. (C-320/00, EU:C:2002:498, 17 kohta).

52. Näin oli esimerkiksi ikään perustuvaa syrjintää koskeneissa tuomioissa Mangold ja Küçükdeveci.²⁰ Kyseisissä asioissa kantajat väittivät tullessa syrjityiksi ikänsä perusteella. Kansallisessa työlainsäädännössä *heidän ikäryhmäänsä kuuluvat henkilöt* saivat vähemmän suojaa kuin *muihin ikäryhmiin* kuuluvat henkilöt. Heidän työnantajansa olivat soveltaneet näitä alhaisempia vaatimuksia kantajiin. Unionin tuomioistuin katsoi, että *kansallinen lainsäädäntö* oli syrjivä ja että unionin oikeus oli esteenä sille. Näin tehdessään se ei verrannut kunkin kantajan tilannetta heidän kollegoihinsa. Käytännössä vertailun kohteena oli pikemminkin vähemmän suotuisasti kohdellun ikäryhmän ja suotuisammin kohdeltujen ikäryhmien (ts. riitautetussa lainsäädännössä abstraktisti määriteltyjen ryhmien) kohtelu.²¹

53. Unionin tuomioistuimen lähestymistapa tällaisissa tapauksissa korostaa sitä, että oikeudellinen analyysi on selvästikin luonteeltaan sellainen, että kansallisen lainsäädännön *yhteensopivuutta* unionin oikeuden kanssa *arvioidaan* abstraktisti ja yleisellä tasolla, eikä siinä tutkita yksittäisen vastaajana olevan työnantajan kantajan ja hänen kollegoidensa välillä harjoittamaa syrjintää.²²

54. Mielestäni on tärkeää pitää nämä seikat mielessä käsiteltävässä asiassa. Tämä johtuu siitä, että yhteensopivuuden lisäksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee neljännessä kysymyksessään nimenomaisesti, miten syrjintä voidaan hyvittää tapauskohtaisesti ja käytännössä. Tämä kysymys nostaa etualalle syrjinnän ”alkuperän” samoin kuin sen, mikä taho ”olisi vastuussa erilaisesta kohtelusta ja – – voisi taata tasa-arvoisen kohtelun toteutumisen”.²³

3 Mitkä ryhmät: vertailun perustana käytettävät ominaisuudet?

55. Kuten edellä todettiin, useimmat huomautuksia esittäneet menettelyn osapuolet tiedustelivat, oliko kantaja samankaltaisessa tilanteessa kuin kyseisten neljän kirkon jäsenet. Tämä vertailu tehtiin kuitenkin eri ominaisuuksien perusteella ja eri vertailukohdan osalta. Tämä eriyttäminen tuottaa puolestaan erilaisia ryhmiä, jotka olisivat rinnastettavissa toisiinsa.

56. Yleisesti ottaen menettelyn osapuolet ehdottivat valitusta abstraktiotasosta riippuen seuraavia kolmea vaihtoehtoa:

- i) työntekijät, joille pitkäperjantai on vuoden tärkein uskonnollinen juhla (jäljempänä suppea vertailukohta; lähinnä Itävallan hallitus ja vastaaja esittivät tällaisen näkemyksen). Jos sovelletaan tätä suppeaa vertailukohtaa, ja kantajan istunnossa esittämien lausumien perusteella, kantaja ei olisi samankaltaisessa tilanteessa kuin kyseisten neljän kirkon jäsenet. Tämä olisi esteenä vertailukelpoisuudelle ja tarkoittaisi sitä, ettei kyse ole syrjinnästä
- ii) työntekijät, joilla on jokin ”erityisen tärkeä” (uskonnollinen) juhla, jota ei vietetä minään muuna kansallisessa lainsäädännössä jo tunnustettuna yleisenä vapaapäivänä (jäljempänä keskitason vertailukohta; lähinnä komissio edusti tätä näkemystä). Tämän vertailukohdan perusteella on epäselvää, olisiko kantaja samankaltaisessa tilanteessa kuin kyseisten neljän kirkon jäsenet, koska hänen uskonnollinen vakaumuksensa ei ole tiedossa. Tämä olisi viime kädessä tosiseikkoja koskeva kysymys, joka kuuluu kansalliselle tuomioistuimelle

20 Tuomio 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709) ja tuomio 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

21 Sekä asioissa Mangold että Küçükdeveci (ja käsiteltävässä asiassa) kantaja kuului vähemmän suotuisasti kohdeltuun ryhmään. Samankaltaisesta lähestymistavasta – tapauksessa, jossa ei kuitenkaan ollut yhtä varmaa, asetettiin kyseessä olleella toimenpiteellä tietty ryhmä tosiasiallisesti (vain) suotuisampaan asemaan vai (vain) epäsuotuisampaan asemaan – ks. tuomio 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

22 Tämä eroaa sellaisissa tapauksissa noudatetusta lähestymistavasta, joissa syrjintä johtuu työnantajasta, ja monissa tapauksissa on tarpeen yksilöidä ne kollegoiden ryhmät, joita kohdellaan suotuisammin, jotta vertailua voidaan ylipäätään tehdä. Ks. vastaavasti tuomio 17.9.2002, Lawrence ym. (C-320/00, EU:C:2002:498) ja tuomio 13.1.2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18).

23 Tuomio 17.9.2002, Lawrence ym. (C-320/00, EU:C:2002:498, 17 ja 18 kohta) ja tuomio 13.1.2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, 45 ja 46 kohta). Tämä erottelu vaikuttaa selkeästi käytettävissä oleviin oikeussuojakeinoihin, joita tarkastellaan yksityiskohtaisesti jäljempänä 172–196 kohdassa.

iii) työntekijät, jotka työskentelevät pitkäperjantaina ja joita kohdellaan eri tavalla uskonnon perusteella kyseiseltä päivältä maksettavan palkan osalta (jäljempänä laaja vertailukohta; lähinnä kantaja edusti tätä näkemystä). Tämän vertailukohdan perusteella kantaja olisi samankaltaisessa tilanteessa kuin kyseisten neljän kirkon jäsenet, jotka työskentelevät pitkäperjantaina. Tämä tarkoittaisi lähtökohtaisesti sitä, että kyse on syrjinnästä.

57. Ennen kuin tarkastelen käsiteltävässä asiassa käytettävää asianmukaista vertailukohtaa, on syytä tuoda esille yksi laajempi näkökohta. Menettelyn osapuolille esittämässään kirjallisissa kysymyksissä unionin tuomioistuin tiedusteli, oliko lähtökohtaisesti mahdollista kiistää vertailukelpoisuus nimenomaisesti jonkin perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdassa ja direktiivin 2000/78 1 artiklassa luettellun epäilyttävän perusteen (tässä tapauksessa uskonnon) perusteella.

58. Tapauksissa, joissa on kyse välittömästi itse epäilyttävään perusteeseen liittyvästä erilaisesta kohtelusta, unionin tuomioistuin olettaa johdonmukaisesti syrjintää esiintyvän.²⁴ Jos niitä ylipäättään tarkastellaan, unionin tuomioistuin yleensä sivuuttaa nopeasti väitteet vertailukelpoisuuden puuttumisesta tällaisten tapauksien yhteydessä.²⁵

59. Mielestäni ei kuitenkaan ole mahdollista vahvistaa abstraktisti, että epäilyttävään perusteeseen perustuva erilainen kohtelu *on kaikissa tapauksissa* rinnastettava välittömään syrjintään.²⁶ Ei voida täysin sulkea pois sitä mahdollisuutta, että epäilyttävä peruste voi itsessään estää vertailukelpoisuuden.²⁷

60. Epäilen, että – kuten monissa muissakin tapauksissa – ongelmat piilevät sitä koskevissa yksityiskohdissa, miten erilaisen kohtelun peruste muotoillaan. Epäilyttävä peruste on aina abstrakti (esim. ei uskontoon perustuva syrjintä). Säännöt, jotka muodostavat vertailukelpoisuutta koskevan kehyksen yksittäistapauksissa, ovat kuitenkin vääjäämättä yksityiskohtaisempia, ja niissä otetaan usein huomioon myös muita etuja ja näkökohtia (kuten säännöt yleisistä vapaapäivistä ja palkkauksesta). Siten käytännössä on melko harvinaista, että sekä epäilyttävä peruste että vertailukelpoisuutta koskeva kehys muotoillaan täysin samalla abstraktiotasolla ja täysin samassa laajuudessa.

61. Edellä mainittu oikeuskäytäntö kuitenkin vahvistaa selvästi, että jos epäilyttävään perusteeseen vedotaan tällä tavalla, kuvaannollinen punainen valo alkaa vilkkua. Päätelmä, jonka mukaan tilanteet eivät ole vertailukelpoisia, on poikkeuksellinen. Ellei kyse ole sellaisesta selkeästä ja vakuuttavasta tapauksesta, jossa kyseiset ryhmät ovat perustavan erilaisia tavalla, joka tekee toimenpiteen tarpeellisuuden tai oikeasuhteisuuden tarkastelun tarpeettomaksi, erilaista kohtelua on käsiteltävä ”oikeuttamisperusteiden” eikä ”vertailukelpoisuuden (puuttumisen)” tasolla.

62. Tämä vertailukelpoisuuden ja oikeuttamisen päällekkäisyys, joka tekee syrjinnän arvioinnin nykyisestä kehyksestä sisäisesti transitiivisen, on ilmeinen myös käsiteltävässä asiassa. Syrjinnän arviointi jakautuu muodollisesti eri vaiheisiin: sen tutkimiseen, ovatko tilanteet vertailukelpoisia, näiden ryhmien erilaisen kohtelun tarkasteluun ja, jos kyseessä todetaan olevan syrjintä (erilainen kohtelu toisiinsa rinnastettavissa tilanteissa), oikeuttamisperusteiden tutkimiseen. Kaikissa näissä

24 Tuomio 8.11.1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, 12 ja 17 kohta); tuomio 8.11.1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, 13 kohta); tuomio 27.2.2003, Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, 39 kohta) ja tuomio 1.4.2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, 72 kohta). Näin on selvästikin siinä tapauksessa, että erilainen kohtelu perustuu nimenomaisesti epäilyttävään perusteeseen (esim. tuomio 5.7.2017, Fries, C-190/16, EU:C:2017:513, 32–34 kohta). Siitä, että toimenpiteessä pelkästään viitataan epäilyttävään perusteeseen, ei kuitenkaan voida vielä päätellä, että kyseessä on välitön syrjintä (ks. tuomio 14.3.2017, Bougnaoui ja ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204, 32 kohta ja tuomio 14.3.2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, 30 kohta). Unionin tuomioistuin on omaksunut vastaavan lähestymistavan silloin, jos epäilyttävä peruste on erilaisen kohtelun taustalla oleva syy (ks. esim. tuomio 16.7.2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, 91 kohta) tai vaikuttaa käytännössä ainoastaan ryhmään, joka voidaan yksilöidä epäilyttävän perusteen perusteella (esim. tuomio 20.9.2007, Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, 55 kohta).

25 Ks. esim. tuomio 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, 25–28 kohta). Ks. kuitenkin esimerkkinä tapauksesta, jossa tilanteiden ei katsottu olevan vertailukelpoisia, tuomio 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 Ks. erivästä näkemyksestä julkisasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotus Bressol ym. (C-73/08, EU:C:2009:396, 55 kohta).

27 Tuomio 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, 40 kohta).

vaiheissa tarkastellaan kuitenkin samankaltaisia kysymyksiä, jotka liittyvät tilanteiden erojen ja erilaisen kohtelun laajuuteen ja merkityksellisyyteen. Jos tilanteiden eroja pidetään riittävän merkittävänä (kun tarkastellaan erilaisen kohtelun luonnetta ja laajuutta käytännössä), tilanteet eivät ole vertailukelpoisia. Jos toisaalta tilanteiden eroja ei pidetä riittävän merkittävänä (päätelmä, jonka tekeminen on helpompaa, jos erilainen kohtelu vaikuttaa ensi silmäyksellä hieman ”liioitellulta”), kyseessä ovat vertailukelpoiset tilanteet ja erilainen kohtelu, ja arvioinnissa siirrytään tarkastelemaan oikeuttamisperusteita. Oikeuttamisperusteiden arvioinnin yhteydessä kyse on lähinnä siitä, kuvastaako erilainen kohtelu siitä huolimatta, että se ilmenee lainsäädännön mukaan vertailukelpoisissa tilanteissa, riittävästi ja oikeudenmukaisesti näiden tilanteiden tosiasiallisia eroja.

63. Nämä seikat mielessä siirryn tarkastelemaan asianmukaista vertailukohtaa käsiteltävässä asiassa.

4 Asianmukainen vertailukohta käsiteltävässä asiassa

64. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ”edellytyksen, joka koskee tilanteiden vertailukelpoisuutta määritettäessä, onko yhdenvertaisen kohtelun periaatetta loukattu, täyttymistä on arvioitava kaikkien näille tilanteille ominaisten seikkojen perusteella”.²⁸ Lisäksi tätä vertailukelpoisuutta arvioitaessa on otettava huomioon kyseessä olevilla kansallisilla säännöksillä tavoiteltu päämäärä.²⁹

65. Käsiteltävässä asiassa Itävallan hallitus on todennut, että pitkäperjantai on tärkein uskonnollinen juhlapäivä kyseisten neljän kirkon jäsenille. Kyseessä olevien kansallisten säännösten *päämääränä* on antaa tällaisille henkilöille mahdollisuus osallistua tämän uskonnollisen juhlapäivän viettoon ja näin kunnioittaa heidän uskonnonvapauttaan.

66. Oikeuskäytännössä myös edellytetään, että vertailukelpoisuutta ei tutkita kokonaisuutena ja abstraktisti vaan tapauskohtaisesti ”kyseessä olevan etuuden kannalta”.³⁰

67. Kuten edellä jo todettiin,³¹ käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan etuuden muodostaa korvaus eikä pitkäperjantaina oleva vapaapäivä. Tämä etuus huomioon ottaen laaja vertailukohta on mielestäni oikea.

68. Korvausta koskevan etuuden seurauksena valikoidulle ryhmälle työntekijöitä, jotka työskentelevät pitkäperjantaina, maksetaan kaksinkertainen palkka nimenomaisesti heidän uskontonsa takia. Muille kyseisenä päivänä työskenteleville maksetaan tavanomainen palkka huolimatta siitä, että he voivat hoitaa täsmälleen samoja työtehtäviä. Näiden ryhmien välillä ei ole merkityksellistä erottavaa tekijää etuuden kannalta. Palkkauksen taso ja vakaumus eivät lähtökohtaisesti liity toisiinsa.

69. Tähän päätelmään ei mielestäni vaikuta kansallisen lainsäädännön päämäärä suojata uskonnon ja sen harjoittamisen vapautta. En yksinkertaisesti ymmärrä, miten sillä, että tietyille, uskonnon perusteella määritellylle työntekijäryhmälle maksetaan kaksinkertainen palkka tietyinä päivinä, on mitään tekemistä tämän päämäärän kanssa. Voitaisiin nimittäin väittää – kieltämättä hitusen kyynisesti –, että kyseisten neljän kirkon jäsenten, jotka työskentelevät pitkäperjantaina, oikeus kaksinkertaiseen palkkaan muodostaa taloudellisen kannustimen *olla käyttämättä* kyseistä päivää uskonnon harjoittamiseen.

28 Tuomio 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, 31 kohta).

29 Tuomio 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, 33 kohta).

30 Tuomio 1.4.2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, 42 kohta); tuomio 10.5.2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, 42 kohta); tuomio 12.12.2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, 33 kohta) ja tuomio 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, 32 kohta).

31 Edellä 40–43 kohta.

70. Voitaisiin todeta, että kyseisten neljän kirkon jäsenet, jotka työskentelevät pitkäperjantaina, ovat itse asiassa erilaisessa tilanteessa, koska kyseisenä päivänä työskentely vaikuttaa heihin erityisesti. Ymmärrän, että on joitain tiettyjä aloja, joilla työnantajat voivat pyytää jopa kyseisten neljän kirkon jäseniä työskentelemään pitkäperjantaina. Kuten edellä todettiin, unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan merkityksellinen kysymys on tältä osin kuitenkin se, ovatko tilanteet vertailukelpoisia kansallisen lainsäädännön *päämäärän* (joka ymmärtääkseni on suojella uskonnonvapautta eikä korvausta, joka saadaan, kun uskontoa ei harjoiteta) ja *asianomaisten etuuksien* kannalta. Muistutan lisäksi, että lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 9 §:n 5 momentissa säädetään korvauksen maksamisesta niille työntekijöille, jotka työskentelevät yleisinä vapaapäivinä, *riippumatta siitä, myönnetäänkö yleinen vapaapäivä uskonnollisista syistä*.

71. Edellä esitetyistä syistä katson, että kun otetaan huomioon korvauksesta muodostuva etuus ja kansallisen lainsäädännön asiaa koskevien säännösten päämäärä, kaikki työntekijät, jotka työskentelevät pitkäperjantaina ja joita kohdellaan eri tavalla uskonnon perusteella kyseiseltä päivältä maksettavan palkan osalta, ovat vertailukelpoisessa tilanteessa.

72. Esitän vertailukelpoisuudesta lisäksi muutamia huomautuksia.

73. Ensinnäkin selvennän, etten tietenkään kyseenalaista pitkäperjantain erityistä merkitystä kyseisten neljän kirkon jäsenille. Tämän nimenomaisen tekijän osalta heidät voidaan selkeästi erottaa henkilöistä, joille pitkäperjantailta ei ole tällaista merkitystä. Tällä ominaispiirteellä on nähdäkseni kuitenkin erilainen merkitys eri toimenpiteiden kannalta: vapaapäivän myöntäminen pitkäperjantaina; vapaapäivän myöntäminen mutta sen vähentäminen vuosilomasta; palkallisen vapaapäivän myöntäminen ja lisäkorvauksen maksaminen kyseisenä päivänä työskentelystä. Käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva etuus on korvauksesta muodostuva etuus. Tämän etuuden kannalta pitkäperjantaina työskentelevät kyseisten neljän kirkon jäsenet eivät ehkä ole *identtisessä* tilanteessa muihin työntekijöihin nähden, mutta heidän uskontonsa merkitys ei ole niin suuri, etteivät he olisi lainkaan vertailukelpoisessa tilanteessa.³²

74. Toiseksi unionin oikeudessa vertailukelpoisuuden arvioinnin lähtökohtana ovat kansallisen lainsäädännön päämäärät ja siinä määritetyt luokat. Nämä päämäärät ja luokat eivät kuitenkaan voi itsessään olla ratkaisevia ja määrääviä. Kuten olen toisaalla todennut,³³ jos tilanne olisi toinen ja vertailukelpoisuus määräytyisi älyllisesti ennalta kansallisessa lainsäädännössä määritettyjen luokkien perusteella, silloin kansallisen lainsäädännön soveltamisala määrittää sen, mitä tekijöitä on mahdollista vertailla. Tällainen arviointi kiertää väistämättä kehää, eikä valvonta olisi tosiasiallisesti mahdollista.

75. Käsiteltävässä asiassa kansallisen lainsäädännön päämäärien ja siinä määritettyjen luokkien vertailukelpoisuutta koskevan arvioinnin painoarvoa vähentää mielestäni merkittävästi etenkin ristiriita sen välillä, että lainsäädännön päämääränä on suojella oikeutta harjoittaa uskontoa pitkäperjantaina, ja sen välillä, että kyseisenä päivänä työskentelystä maksetaan taloudellinen lisäkorvaus.

32 Tuomio 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, 25 kohta).

33 Ks. ratkaisuehdotukseni MB (C-451/16, EU:C:2017:937, 47 kohta).

76. Kolmanneksi kansallinen lainsäädäntö on tässä tapauksessa oletettavasti hyvin pitkälle räätälöity. Siinä vahvistetaan päämäärät ja määritellään luokat, joissa valitaan erityiskohtelun piiriin työntekijät, jotka kuuluvat tiettyihin (ja Itävallan kokonaisväestössä ilmeisesti melko pieniin)³⁴ kristillisiin ryhmiin. Jo tämä seikka antaa aihetta varovaisuuteen. Jos kuitenkin oletetaan, että nämä ominaispiirteet ovat todellakin niin merkityksellisiä ja merkittäviä, etteivät kyseisten neljän kirkon jäsenet ole sen vuoksi vertailukelpoisessa tilanteessa, tämä tarkoittaisi, että muiden uskonnollisten ryhmien jäsenillä on myös todennäköisesti merkityksellisiä ominaispiirteitä, jotka erottavat heidät kaikista muista.

77. Syrjintä koostuu paitsi siitä, että samoja tilanteita kohdellaan eri tavalla, myös siitä, että objektiivisesti tarkasteltuna erilaisia tilanteita kohdellaan samalla tavalla. Jos kyseisten neljän kirkon jäsenillä katsotaan olevan merkityksellisiä erottavia ominaispiirteitä, kutakin uskontoa on silloin tarkasteltava tapauskohtaisesti sen määrittämiseksi, miten kyseisen uskonnon jäseniä olisi kohdeltava eri tavalla ylimääräisten (palkallisten) vapaapäivien ja korvausten osalta.³⁵ Tämä ei kuitenkaan ole Itävallan valtion omaksuma lähestymistapa. Itävallan hallitus vahvisti kirjallisissa huomautuksissaan ja suullisissa lausumissaan, että Itävallassa on tehty työehtosopimus, jossa myönnetään vapaapäivä juutalaisille jom kippur -päivänä, mitä ilmeisesti sovelletaan ainoastaan joihinkin kansallisen talouden aloihin. Juutalaisuus on joka tapauksessa ainoa toinen uskonto, joka on yksilöity tämän kohtelun yhteydessä.³⁶

78. Jälkimmäinen syy on viime kädessä myös jälleen uusi peruste sille, ettei voida soveltaa ”suppeaa vertailukohtaa”, kuten Itävallan hallitus ja vastaaja ovat esittäneet. Vaikka katsottaisiin, että ainoastaan kyseisten neljän kirkon jäsenillä on objektiivisesti tarkasteltuna tarve harjoittaa uskontoa pitkäperjantaina, minkä vuoksi he eivät ole vertailukelpoisia minkään muun uskonnollisen ryhmän kanssa (koska millään niistä ei oletettavasti olisi samaa tarvetta harjoittaa uskontoa kyseisenä päivänä), ja jätettäisiin huomiotta se, että korvaus pikemminkin kannustaa olemaan harjoittamatta kuin harjoittamaan uskontoa, esille nousee selvästi kysymys toimenpiteen *valikoivuudesta*, mikä nostaa syrjinnän arvioinnin seuraavalle tasolle. Entä muut uskonnolliset ryhmät tai yhdyskunnat, joilla on myös tärkeitä uskonnollisia juhlia, jotka eivät sisälly lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 7 §:n 1 kohdan luetteloon olemassa olevista yleisistä vapaapäivistä?

79. Jos tätä vertailukelpoisuutta (tai sen puuttumista) koskevaa logiikkaa seurataan loppuun saakka, yksikään näistä ryhmistä ei olisi vertailukelpoinen minkään toisen ryhmän kanssa, koska niillä on objektiivisesti tarkasteltuna tarve viettää eri uskonnollisia juhlia. Tarkoittaisiko tämä myös sitä, että kansallinen lainsäätäjät voi myöntää (oletettavasti myös eripituisia) yleisiä vapaapäiviä ja mahdollisesti taata eritasoisen palkkauksen ainoastaan joillekin ryhmille ja evätä ne muilta?

80. Kaikista näistä syistä katson, että lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 7 §:n 3 momentin ja 9 §:n 5 momentin soveltaminen yhdessä johtaa siihen, että kantajaa kohdellaan epäsuotuisammin kuin kyseisten neljän kirkon jäseniä, jotka työskentelevät pitkäperjantaina ja jotka saavat työstään kaksinkertaisen palkan. Perustana oleva erilainen kohtelu liittyy suoraan uskontoon.³⁷

34 Itävallan hallitus selitti kirjallisissa huomautuksissaan ja suullisissa lausumissaan, että historiallisesti kyseisten neljän kirkon jäsenet muodostivat Itävallassa vähemmistön, jolla ei ollut yleistä vapaapäivää tärkeimpänä uskonnollisena juhlapäivänään, toisin kuin katolisella enemmistöllä. Ajankohtana, jona 7 §:n 3 momentti lisättiin lakiin, on saattanut olla niin, että kyseisten neljän kirkon jäsenet muodostivat enemmistön muusta kuin katolisesta väestöstä. Kuten ennakkoratkaisupyynnöto vahvistaa, he eivät kuitenkaan edusta Itävallassa koko muuta kuin katolista väestöä, joka edustaa myös muita uskontoja.

35 Ks. esimerkkinä sellaisten tilanteiden kohtelemisesta samalla tavalla, jotka voidaan kuitenkin erottaa uskonnollisista syistä, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 6.4.2000, Thlimmenos v. Kreikka (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

36 Ks. esim. tuomio 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, 38 kohta). Kyseisessä asiassa unionin tuomioistuin tarkasteli yliopistoa tai koulua käyvien ”nuorten” ja muiden työntekijöiden vertailukelpoisuutta. Sen mukaan nämä kaksi ryhmää eivät olleet vertailukelpoisia. Näin tehdessään se otti huomioon kansallisen lainsäädännön päämäärät mutta tarkasteli selvästi lisäksi väitteen johdonmukaisuutta ja muiden ryhmien kohtelua.

37 Ks. vastaavasti julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, 43 kohta).

81. Mielestäni sillä ei ole merkitystä, että lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 9 §:n 5 momentin sanamuoto on itse asiassa ilmeisen neutraali, sillä ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee selvästi, että oikeus kyseisen säännöksen mukaiseen korvaukseen annetaan saman lain 7 §:n 3 momentissa. Viimeksi mainittu säännös ei ole neutraali, vaan siinä tehdään nimenomaisesti erottelu uskonnon perusteella. Tästä seuraava erilainen kohtelu merkitsee perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua syrjintää ja direktiivin 2000/78 2 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettua välitöntä syrjintää.

5 Palkallisesta vapaapäivästä muodostuva etuus

82. Edellä esitetystä arvioinnista keskitytään syrjinnän kysymykseen korvauksesta muodostuvan etuuden kannalta. Tämän ratkaisuehdotuksen edellisessä jaksossa pyrin selittämään, miksi tämä etuus, josta pääasian oikeudenkäynnissä on viime kädessä kyse, olisi otettava huomioon vertailukelpoisuuden yhteydessä. Kattavuuden vuoksi tarkastelen lyhyesti palkallisesta vapaapäivästä muodostuvaa etuutta ja sitä, miten mahdollinen keskittyminen tähän etuuteen muuttaisi vertailukelpoisuutta koskevaa kehystä.

83. Huomausin jo edellä, että pitkäperjantain merkityksellä kyseisten neljän kirkon jäsenille oli erilainen painoarvo vertailukelpoisuuden arvioinnin yhteydessä, jos sitä sovelletaan erilaisiin etuuksiin.³⁸ (Palkattoman) vapaapäivän myöntäminen pitkäperjantaina vastaa selkeästi paremmin uskonnonvapauden suojelua koskevaa lainsäädännön päämäärää kuin korvaus. Vaatimus *palkan maksamisesta* työntekijöille, jotka ovat pois työstä pitkäperjantaina uskonnon harjoittamista varten, on jo etäämmällä Itävallan hallituksen mainitsemasta täsmällisestä päämäärästä, mutta se liittyy oletettavasti edelleen paljon läheisemmin tähän alkuperäiseen päämäärään kuin korvaus.³⁹

84. Näiden näkökohtien perusteella katson, että jos kyseessä oleva etuus koostuisi ainoastaan palkallisesta vapaapäivästä muodostuvasta etuudesta, komission puoltaman keskitason vertailukohdan käyttämiselle olisi vankat perusteet.

85. Tosiasia kuitenkin on, ettei pääasian kantaja vaadi palkallista vapaapäivää pitkäperjantaina. Hän ei myöskään vaadi, että jonkin toisen erityisen päivän katsottaisiin kuuluvan saman sääntelyn piiriin, jotta kunnioitettaisiin näin hänen henkilökohtaista ja erilaista uskonnollista vakaumustaan. Kantaja vaatii sen sijaan korvausta pitkäperjantaina työskentelystä ja siten uskontoon perustuvan syrjinnän poistamista palkkauksessa.

86. Vaikka olenkin täysin tietoinen kyseisen toimenpiteen yleisestä tarkoituksesta samoin kuin siitä, että palkallinen vapaapäivä ja korvaus ovat pohjimmiltaan saman kolikon kaksi eri puolta, komission ehdottama keskitason vertailukohta⁴⁰ ei voi olla ratkaiseva käsiteltävässä asiassa. Lisäksi samoista syistä, jotka esitin edellä korvauksen yhteydessä,⁴¹ katson, että Itävallan hallituksen ja vastaajan puoltaman suppean vertailukohdan käyttäminen on joka tapauksessa myös pois suljettua palkallisesta vapaapäivästä muodostuvan etuuden yhteydessä.

38 Edellä 40–43 ja 73 kohta.

39 Etenkin niiden työntekijöiden tapauksessa, joille palkattoman vapaapäivän ottaminen on taloudellisesti hankalaa.

40 En näin ollen tarkastele edes pintapuolisesti keskitason vertailukohdan tulkintaan liittyviä kysymyksiä, joita olisi käsiteltävä ja jotka eivät suinkaan ole yksinkertaisia: mitä voidaan pitää ”erityisenä” päivänä? Onko lainsäädännössä määritetty hengellisen tai uskonnollisen merkittävyyden kynnystä? Minkä uskontojen olisi katsottava ylittävän tämän kynnyksen, ja voidaanko tätä perustetta soveltaa muihin vakaumuksiin, joissa erittäin tärkeitä uskonnollisia juhlapäiviä on useita? Entä esimerkiksi ateistit, joilla on myös heille hyvin tärkeitä päiviä? Olisiko katolilaisilta evättävä yksi vapaapäivä, koska historiallisista syistä useat heille tärkeitä päivät osuvat jo 13 muun yleisen vapaapäivän ajankohtaan? Lisäksi istunnossa keskusteltiin myös siihen liittyvästä arkaluonteisuudesta, että työntekijän on paljastettava yksityiskohtia (uskonnollisesta) vakaumuksestaan työnantajalle – mikä on looginen seuraus keskitason vertailukohdan soveltamisesta.

41 Edellä 76–79 kohta.

6 Ensimmäistä kysymystä koskeva päätelmä

87. Edellä esitetty huomioon ottaen ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen seuraavasti:

Perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaa, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78/EY 1 artiklan ja 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan kanssa, on tulkittava siten, että ne ovat esteenä sellaiselle kansalliselle säännöstölle, jonka mukaan vain Augsburgin ja Helvetian tunnustusten mukaisten evankelisten kirkkojen jäsenille, vanhakatolisen kirkon ja evankelis-metodistisen kirkon jäsenille pitkäperjantai on vapaapäivä vähintään 24 tunnin keskeytymättömällä lepoajalla, ja jos johonkin näistä kirkkoista kuuluva työntekijä työskentelee vapaapäivästä huolimatta, tällä on myös vapaapäivän vuoksi tekemättä jääneestä työsuorituksesta maksettavan korvauksen lisäksi oikeus suoritetun työn perusteella maksettavaan palkkaan, mutta muilla työntekijöillä, jotka eivät ole mainittujen kirkkojen jäseniä, tätä oikeutta ei ole.

D Toinen kysymys

88. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee toisella kysymyksellään lähinnä, voivatko kyseisten neljän kirkon jäsenten eduksi toteutetut toimenpiteet, siltä osin kuin niitä pidetään syrjivinä, olla perusteltuja direktiivin 2000/78 2 artiklan 5 kohdan nojalla.

89. Mielestäni eivät voi.

90. Alustavana huomautuksena todettakoon, että siltä osin kuin ensimmäisen kysymyksen osalta katsotaan, että perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohta ja direktiivin 2000/78 2 artiklan 2 kohdan a alakohta ovat esteenä kyseessä oleville toimenpiteille, mahdollisia oikeuttamisperusteita on arvioitava perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdan ja direktiivin 2 artiklan 5 kohdan perusteella. Sen muodollisen seikan lisäksi, ettei direktiivin säännös voi muodostaa poikkeusta perusoikeuskirjan määräyksestä, kyseisen säännöksen ja määräyksen sanamuodot eroavat hieman toisistaan.

91. Käsiteltävässä asiassa kummankin perusteella tehtävä aineellinen arviointi on kuitenkin samankaltainen. Sekä perusoikeuskirjan määräyksessä että direktiivin säännöksessä oikeuttamisperuste, johon vedotaan, on ”muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaaminen”. Lisäksi poikkeuksina syrjäytäkieltoon kumpaakin on tulkittava suppeasti,⁴² ja niiden oikeasuhteisuutta on arvioitava.⁴³

92. Erityisesti kolmesta syystä katson, että korvauksesta muodostuvan etuuden myöntäminen *ei voi* olla perusteltua perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdan tai direktiivin 2 artiklan 5 kohdan perusteella.

93. Ensinnäkään ei ole ensi näkemältä ilmeistä, että ”muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaaminen” käsittää korvauksen tarjoamisen siinä tapauksessa, että näitä vapauksia rajoitetaan. Siinä ei ole mielestäni kyse turvaamisesta vaan epäonnistumisen hyvittämisestä.

94. Siltä osin kuin korvauksen tarjoaminen voisi lähtökohtaisesti kuulua sen piiriin, perusoikeuskirjan määräyksessä ja direktiivin säännöksessä viitataan kuitenkin nimenomaisesti ”*muiden* henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseen”. Tältä osin 2 artiklan 5 kohta lisättiin direktiiviin ilmeisestikin viime hetkillä Yhdistyneen kuningaskunnan vaatimuksesta,⁴⁴ ja on viitteitä siitä, että sen tarkoituksena oli suojata *suurta yleisöä* tiettyjen ryhmien rikolliselta toiminnalta.⁴⁵

42 Ks. tuomio 13.9.2011, Prigge ym. (C-447/09, EU:C:2011:573, 55 ja 56 kohta) ja tuomio 12.12.2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, 46 kohta).

43 Ks. perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan ja direktiivin johdanto-osan 23 perustelukappaleen sanamuoto. Ks. myös tuomio 5.7.2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, 44 kohta).

44 Ks. esim. Ellis, E. ja Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2. painos, Oxford EU Law Library, 2012, s. 403.

45 Julkisasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotus Bougnaoui ja ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553, alaviite 99).

95. Ymmärrän kyseisen direktiivin säännöksen samansuuntaisesti: siinä sallitaan poikkeaminen *muiden* – horisontaalisesti ja monialaisesti ymmärrettyinä –, toisin sanoen koko muun yhteiskunnan, oikeuksien ja vapauksien nimissä. Tämä seuraa poikkeuksen loogisesta rakenteesta: se, että tietyille ryhmälle säilytetään jokin rasite tai se asetetaan epäedulliseen asemaan, voisi olla oikeutettua, jos se on tarpeen ja oikeasuhteista suuren yleisön etuun nähden. Tässä vaiheessa voidaan tehdä tiettyä etujen punnintaa erityisen (epäedullisen aseman) ja yleisen (edun) välillä.

96. Jos katsotaan, että ”muut henkilöt” ilmaisussa ”*muiden henkilöiden* oikeuksien ja vapauksien turvaaminen” ovat tosiasiallisesti sen ryhmän jäseniä, jolle kyseisessä lainsäädännössä annetaan joitain etuuksia, se kääntäisi tämän logiikan päälälleen. Koko perustelusta tulisi kehämäinen, ja mikä tahansa sääntely voitaisiin oikeuttaa sen pelkällä olemassaololla.

97. Toiseksi lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 7 §:n 3 momentin ja 9 §:n 5 momentin *valikoiva* luonne on joka tapauksessa ongelmallinen oikeasuhteisuuden ja etenkin sen ensimmäisen ulottuvuuden eli asianmukaisuuden kannalta. Vaikka toimenpiteiden päämääränä on uskonnollisen vapauden turvaaminen, niitä sovelletaan ainoastaan tiettyihin ryhmiin. Kyseisessä kansallisessa lainsäädännössä ei mainita muita vähemmistöjä. Muistutan, että arvioidessaan syrjivän kansallisen toimenpiteen oikeasuhteisuutta unionin tuomioistuin ottaa huomioon toimenpiteen johdonmukaisuuden esiin tuodun päämäärän osalta. Se on näin ollen katsonut, että ”lainsäädäntö on omiaan takaamaan esiin tuodun tavoitteen toteutumisen vain, jos se todella vastaa pyrkimykseen saavuttaa tavoite *johdonmukaisella ja järjestelmällisellä tavalla*, ja että lain säännöksistä tehdyillä poikkeuksilla voidaan joissakin tapauksissa vahingoittaa lain johdonmukaisuutta”.⁴⁶ Vaikka onkin niin, ettei kansallisen lainsäädännön asiaa koskeviin säännöksiin tässä tapauksessa sisälly poikkeuksia, joissa tietyt ryhmät jätettäisiin sen soveltamisalan ulkopuolella, sillä, että oikeuden soveltamisala rajataan hyvin suppeaksi, on käytännössä sama vaikutus. Sillä jätetään soveltamisalan ulkopuolelle kaikki muut paitsi kyseisten neljän kirkon jäsenet.

98. Tätä valikoivuuden ongelmaa ei korjata myöntämällä vapaapäiviä uskonnollisista syistä muissa säännöksissä. Tältä osin pitää paikkansa, että Itävallassa on esimerkiksi voimassa työehtosopimus, jossa juutalaisille myönnetään vapaapäivä jom kippur -päivänä, ja että työnantajille on myös asetettu huolenpitovelvollisuus työntekijöitään kohtaan.⁴⁷

99. Kun tarkastellaan tätä työehtosopimusta, Itävallan hallituksen unionin tuomioistuimen kysymyksiin antamissa kirjallisissa vastauksissa kuitenkin vahvistettiin, ettei sopimusta sovelleta kaikilla aloilla ja että sitäkin sovelletaan ainoastaan yhden erityisen uskontokunnan jäseniin. Kun tarkastellaan huolenpitovelvollisuutta, työntekijän oikeutta pyytää muutamia tunteja vapaaksi uskonnon harjoittamista varten ei mielestäni voida yksinkertaisesti verrata kansalliseen lainsäädäntöön tai työehtosopimukseen kirjattuun oikeuteen palkalliseen yleiseen vapaapäivään. Yleisemmällä tasolla, vaikka muiden uskontojen edustajat voivatkin saada vapaata uskonnon harjoittamista varten pyynnöstä ja työnantajan suostumuksella, heillä ei ole yleistä automaattista oikeutta taloudelliseen korvaukseen, jos tätä vapaata ei tosiasiallisesti käytetä.

100. Kolmanneksi uskonnonvapauden turvaamisen ja oikeuden korvaukseen silloin, jos työntekijä työskentelee pitkäperjantaina, välillä ei ole ilmeistä yhteyttä. Samoista syistä katson, että korvauksen myöntäminen kyseisten neljän kirkon jäsenille, jotka työskentelevät pitkäperjantaina, vaikka sitä sovelletaankin tällaisella valikoivalla tavalla, on suhteetonta siinä mielessä, että se *ei ole asianmukainen* perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdan ja direktiivin 2000/78 2 artiklan 5 kohdan mukaisten

⁴⁶ Tuomio 5.7.2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, 48 kohta).

⁴⁷ Sisältyy lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 8 §:ään.

uskonnonvapauden turvaamista koskevien päämäärien saavuttamiseksi. On vaikea nähdä, miten kaksinkertaisen palkan maksaminen siitä, että työntekijä *ei harjoita uskontoa* pitkäperjantaina, olisi asianmukaista (myös valikoivasti myönnetyn) uskonnon ja sen harjoittamisen vapauden turvaamista koskevan päämäärän saavuttamiseksi.

101. Huomautan lisäksi, että vaikka edellä olevissa pohdinnoissa keskitytään korvaukseen, edellä 97 ja 98 kohdassa toimenpiteen valikoivuudesta esitetyt perustelut pätevät myös *palkallisesta vapaapäivästä* muodostuvaan etuuteen ja ovat esteenä kyseisen etuuden syrjivän luonteen perusteltavuudelle.

102. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toiseen kysymykseen seuraavasti:

Käsiteltävän asian kaltaisissa olosuhteissa kansallinen säännöstö, jolla myönnetään ensimmäisessä kysymyksessä tarkoitetun kaltainen korvaus ainoastaan sellaisille tiettyjen kirkkojen jäsenille, jotka työskentelevät pitkäperjantaina, ei ole toimenpide, joka on demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätön muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi direktiivissä 2000/78 tarkoitetulla tavalla.

E Kolmas kysymys

103. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kolmannella kysymyksellään lähinnä, kuuluvatko kyseisten neljän kirkon jäsenten eduksi toteutetut toimenpiteet direktiivin 2000/78 7 artiklan 1 kohdassa, luettuna yhdessä perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan kanssa, tarkoitettuun positiivisen erityistoimenpiteen käsitteeseen.

104. Mielestäni ne eivät kuulu siihen.

105. Alustavana huomautuksena todettakoon, ettei perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan ja direktiivin 2000/78 7 artiklan 1 kohdan välinen täsmällinen suhde ole aivan selvä. Edelleen käydään vilkasta keskustelua etenkin siitä, muodostaako positiivinen erityistoimenpide (väliaikaisen) poikkeuksen yhdenvertaisuusperiaatteesta vai onko se tosiasiaa olennainen osa aidosti aineellisoikeudellista näkemystä yhdenvertaisuudesta. Tässä ratkaisuehdotuksessa ei kuitenkaan ole mielestäni tarpeen tarkastella tällaisia syvällisiä kysymyksiä.

106. Käsiteltävässä asiassa Itävallan hallitus väitti, että toimenpiteiden voitaisiin tulkita kuuluvan positiivisen erityistoimenpiteen käsitteeseen siinä mielessä, että ne on toteutettu aiemman epäsuotuisan kohtelun hyvittämiseksi. Itävallan hallituksen kirjallisten huomautusten mukaan kyseisten neljän kirkon jäsenillä ei ollut katolisesta enemmistöstä poiketen oikeutta vapaapäivään, jotta he voisivat juhlia vuoden tärkeintä uskonnollista juhlapäiväänsä, ja he olivat kärsineet tästä tilanteesta useita vuosia ennen kuin vapaapäivää pyydettiin ja se myönnettiin 1950-luvulla.

107. On totta, ettei ”positiivista erityistoimenpidettä” määritellä selkeästi lainsäädännössä tai oikeuskäytännössä. Sitä, mitä kyseiseen käsitteeseen kuuluu, ei siten prima facie rajata aineellisesti sen enempää kuin ajallisestikaan. Tällä tasolla voitaisiin väittää, että aikomus ”hyvittää haittoja, jotka liittyvät johonkin 1 artiklassa tarkoitettuun perusteeseen” voisi käsittää myös aiemman (jopa vuosisatoja jatkuneen) uskonnollisen vainon hyvittämisen.

108. Myönnän, että pelkästään kronologisesta näkökulmasta vaikuttaa hyvin kyseenalaiselta, miellettiinkö 1950-luvulla toteutettu toimenpide todellakin ”positiiviseksi erityistoimenpiteeksi” tämän paljon uudemman käsitteen, joka esiintyi ensimmäisen kerran – ainakin unionin oikeudessa – vasta vuosikymmeniä myöhemmin, mukaisessa merkityksessä. Tällainen kaukonäköisyys lähentelee ihmettä.

109. Jos jätetään huomiotta se, ettei tätä käsitettä ole määritelty nimenomaisesti, ja kronologiset näkökohdat, on kuitenkin kaksi pakottavaa syytä, joiden vuoksi korvaus ei mielestäni voi joka tapauksessa olla ”positiivinen erityistoimenpide”.

110. Toimenpide kohdistuu ensinnäkin hyvin erityiseen ryhmään, jolloin esille tulee jälleen edellä jo tarkasteltu kysymys sen *valikoivuudesta* ja syrjinnän toisesta tasosta.⁴⁸ Toimenpiteiden toteuttamisen tarkoituksena ei ollut varmistaa kaikkien sellaisten ryhmien täyttä yhdenvertaisuutta, jotka on aiemmin asetettu epäedullisempaan asemaan yleisesti tai joilla ei – erityisemmällä tasolla – ole vapaapäivää tärkeänä uskonnollisena juhlapäivänä, kuten katolisella enemmistöllä.

111. Minkä tahansa toimenpiteen, jonka väitetään kuuluvan positiivisen erityistoimenpiteen alaan, on toiseksi joka tapauksessa oltava suhteellisuusperiaatteen mukainen. Tämä on vahvistettu äskettäin yleisesti sellaisten toimenpiteiden yhteydessä, joilla rajoitettiin uskonnollisia vapauksia ja joita arvioitiin perusoikeuskirjan ja direktiivin 2000/78 valossa.⁴⁹ Vaikka unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä, joka koskee positiivisen erityistoimenpiteen käsitteen soveltamista johdetun oikeuden yhteydessä, ei arvioida tätä käsitettä oikeasuhteisuuden kannalta, on selvää, että unionin tuomioistuin tutkii toimenpiteitä selvittääkseen, ovatko ne tarpeen havaitun haitan poistamiseksi.⁵⁰ Samoista syistä kuin ne, jotka esitin toisen kysymyksen yhteydessä,⁵¹ katson, ettei kyseessä olevia kansallisessa lainsäädännössä säädettyjä toimenpiteitä voida joka tapauksessa pitää oikeasuhteisina ja että ne eivät siten voi kuulua direktiivin 2000/78 7 artiklan 1 kohdassa tarkoitettun positiivisen erityistoimenpiteen käsitteeseen.

112. Huomautan lisäksi, että vaikka edellä olevissa pohdinnoissa keskitytään korvaukseen, edellä 97, 98 ja 101 kohdassa toimenpiteen valikoivuudesta esitetyt päätelmät pätevät myös *palkallisesta vapaapäivästä* muodostuvaan etuuteen ja ovat esteenä kyseisen etuuden pitämiselle ”positiivisena erityistoimenpiteenä”.

113. Edellä esitetty huomioon ottaen ehdotan, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kolmanteen kysymykseen vastataan seuraavasti:

Kansallinen säännöstö, jossa myönnetään ensimmäisessä kysymyksessä tarkoitettun kaltainen korvaus, ei ole direktiivin 2000/78 7 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu positiivinen erityistoimenpide.

F Neljäs kysymys

114. Neljännellä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee tosiasiallisesti sitä, miten syrjintäkiellon rikkominen olisi korjattava, erityisesti kun se tapahtuu yksityisten välisessä suhteessa. Ennen kuin käsittelen kysymystä siitä, onko ratkaisuna evätä vapaapäivä ja korvaus kaikilta vai laajentaa ne koskemaan kaikkia, tarkastelen alustavaa kysymystä, jonka yhteydessä jo osittain vastataan tähän kysymykseen ja joka koskee sitä, mitä tällaisessa horisontaalisessa suhteessa on sovellettava ja mitä siitä seuraa.

115. Ohjenuorana toimivat useat unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön jo sisältyvät periaatteet.

48 Vastaavasti edellä 76–79 sekä 97 ja 98 kohta.

49 Tuomio 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, 68 kohta).

50 Ks. vastaavasti esim. tuomio 11.11.1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, 31 kohta).

51 Edellä 100 kohta.

116. Direktiiviin ei ensinnäkään voida sellaisenaan vedota yksityistä oikeussubjektia (kuten yksityisen sektorin työnantajaa) vastaan.⁵² Tällaisissa tapauksissa vahingonkärsijä voi lähtökohtaisesti nostaa vahingonkorvauskanteen valtiota vastaan.⁵³

117. Perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaan sisältyvään uskuntoon perustuvan syrjinnän kieltoon voidaan toiseksi, ainakin joissain tapauksissa, vedota ”yhdessä” direktiivin 2000/78 kanssa yksityistä oikeussubjektia vastaan sillä seurauksella, että kansallisen tuomioistuimen on jätettävä soveltamatta lainsäädäntöä, joka on todettu kyseisen kiellon vastaiseksi. Tässä mielessä perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohta ja direktiivi yhdessä luovat *syrjimättömyyttä koskevan oikeuden*, johon voidaan vedota suoraan kansallisissa tuomioistuimissa, myös horisontaalisessa asiayhteydessä. On kuitenkin tärkeää selvittää, että tämä on seurausta unionin oikeuden *ensisijaisuudesta* eikä sen välittömästä oikeusvaikutuksesta (ks. jäljempänä 1 jakso).

118. Kolmanneksi katson, ettei perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdalla ole ”horisontaalista välitöntä oikeusvaikutusta” siinä mielessä, että se itsessään ja sellaisenaan synnyttäisi yksityiselle työnantajalle määritellyn velvoitteen, joka kansallisten tuomioistuinten on pantava suoraan täytäntöön kyseiseen työnantajaan nähden, jos syrjintä perustuu kansalliseen lainsäädäntöön, kuten käsiteltävässä asiassa (2 jakso). Vahingonkärsijällä on kuitenkin oltava mahdollisuus nostaa vahingonkorvauskanteen valtiota vastaan tällaisen syrjinnän korjaamiseksi (3 jakso).

1 Ensisijaisuus

a) Direktiivien ja perusoikeuskirjan määräysten yhdistäminen

119. Unionin tuomioistuin on hyvittänyt eri tavoin sitä, että se on kieltäytynyt myöntämästä horisontaalista välitöntä oikeusvaikutusta direktiiveille, kuten edellä todettiin. Tähän tarkoitukseen on usein käytetty yhdenmukaista tulkintaa koskevaa velvollisuutta.⁵⁴ Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tämä velvollisuus ei kuitenkaan edellytä, että kansallinen tuomioistuin tulkitsee kansallista lainsäädäntöä ”*contra legem*”. Käsiteltävässä asiassa kansallinen tuomioistuin on selvästi todennut, ettei kansallista lainsäädäntöä ole mahdollista tulkita yhdenmukaisesti direktiivin kanssa.

120. Tällaisten yhdenmukaista tulkintaa koskevien rajoitteiden vuoksi unionin tuomioistuin on ”yhdistänyt” yleisten oikeusperiaatteiden⁵⁵ tai perusoikeuskirjan⁵⁶ tulkintansa direktiiviin 2000/78 voidakseen katsoa, että yksityinen voi vedota siihen, mikä käytännössä muodostaa direktiivin aineellisen sisällön, sen ja toisen yksityisen välisessä riita-asiassa direktiivin kanssa ristiriidassa olevan kansallisen lainsäädännön kumoamiseksi.

121. Tuomioissa Mangold, Küçükdeveci ja DI⁵⁷ unionin tuomioistuin katsoi, että asiaa koskevat kansalliset säännökset olivat yhteensopimattomia tiettyjen *direktiivin* asiaa koskevien säännösten kanssa. Se myös vahvisti, että unionin oikeus ”oli esteenä” tällaisille kansallisen lainsäädännön säännöksille (sillä seurauksella, että kansallinen tuomioistuimen oli ”jätettävä soveltamatta” niitä) siltä osin kuin ne olivat ristiriidassa unionin oikeuden *yleisen periaatteen* kanssa. Kansallisten tuomioistuinten oli siten tulkittava kansallisen oikeutensa säännöksiä ”sitien, että niitä voidaan soveltaa mainitun direktiivin mukaisesti, tai – jos tällainen direktiivin mukainen tulkinta on mahdotonta –

52 Tuomio 14.7.1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, 20 kohta); tuomio 5.10.2004, Pfeiffer ym. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, 108 kohta) ja tuomio 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, 46 kohta).

53 Tuomio 19.11.1991, Francovich ym. (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428). Perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78 kanssa, yhteydessä tuomio 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, 50 kohta).

54 Tuomio 5.10.2004, Pfeiffer ym. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584) ja tuomio 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

55 Tuomio 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709) ja tuomio 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

56 Tuomio 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

57 Tuomio 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, 77 ja 78 kohta); tuomio 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, 43 ja 51 kohta) ja tuomio 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, 27 ja 35 kohta).

jättää tarvittaessa soveltamatta kutakin ikään perustuvan syrjinnän kiellon yleisen periaatteen vastaista kansallisen oikeuden säännöstä”.⁵⁸ Direktiivin merkityksellinen sisältö sisällytettiin siten tosiasiallisesti yleiseen periaatteeseen ennen kuin tätä ”täydennettyä” periaatetta sovellettiin yksityisten oikeussubjektien välisessä riita-asiassa kansallisen lainsäädännön yhteensopimattomuuden toteamiseksi.

122. Tuomiossa Egenberger unionin tuomioistuin totesi, että perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaan sisältyvä uskontoon tai vakaumukseen perustuvan kaikenlaisen syrjinnän kieltö ”riittää itsessään antamaan yksityisille oikeussubjekteille oikeuden, johon nämä voivat vedota sellaisenaan oikeusriidassa, jossa ne ovat osapuolina unionin oikeuden kattamalla alalla”.⁵⁹ Tätä kieltöä soveltaessaan kansallisen tuomioistuimen ”on otettava huomioon erityisesti se tasapaino, jonka unionin lainsäätäjä on vahvistanut näiden intressien välille direktiivissä 2000/78 määrittääkseen perusoikeuskirjasta johtuvat velvollisuudet”.⁶⁰ Toisin sanoen direktiivin asiaa koskevien säännösten sisällön katsottiin tosiasiallisesti sisältyvän implisiittisesti perusoikeuskirjan 21 artiklaan. Kansallisen tuomioistuimen on varmistettava kyseisen määräyksen tehokas vaikutus ”jättämällä tarpeen vaatiessa soveltamatta [sen] kanssa ristiriidassa olevia kansallisia säännöksiä”.⁶¹ Samaa päättelyä sovellettiin soveltuvin osin perusoikeuskirjan 47 artiklaan.

123. Tuomiossa AMS⁶² unionin tuomioistuin oli kuitenkin myöntänyt, että tällaiseen direktiivien sisällön unionin oikeuden yleisiin periaatteisiin ja perusoikeuskirjan määräyksiin sisällyttämiseen kohdistuu rajoituksia horisontaalisissa tilanteissa tapahtuvan soveltamisen yhteydessä. Kyseinen asia koski direktiiviä 2002/14/EY, jossa edellytettiin työntekijöiden edustusta yli 50 työntekijän yrityksissä.⁶³ Mainitun direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa määritettiin tältä osin rajaksi ”50 työntekijää”, ja käsiteltävän asian kannalta merkityksellisin osin kyseisessä asiassa oli pohjimmiltaan kyse siitä, miten ”työntekijä” tässä yhteydessä määritellään. Unionin tuomioistuin totesi, että asiaa koskeva kansallinen säännös oli direktiivin 3 artiklan 1 kohdan vastainen, koska siinä tiettyjä työntekijöitä ei otettu huomioon tämän työntekijämäärän laskennassa.

124. Unionin tuomioistuin kuitenkin katsoi myös, että ”pääasian olosuhteet poikkeavat edellä mainitussa asiassa Küçükdeveci annettuun tuomioon johtaneen asian olosuhteista, koska siinä kyseessä ollut ikään perustuvan syrjinnän kieltöä koskeva periaate, joka on vahvistettu perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdassa, riittää itsessään antamaan yksityisille subjektiivisen oikeuden, johon voidaan vedota sellaisenaan”.⁶⁴ Sitä vastoin perusoikeuskirjan 27 artikla ”ei itsessään riitä antamaan yksityisille oikeutta, johon voidaan vedota sellaisenaan”.⁶⁵ Unionin tuomioistuin katsoi siten tosiasiallisesti, että direktiivin 2002/14 3 artiklan 1 kohdan säännös oli liian yksityiskohtainen, jotta sen voitaisiin katsoa sisältyvän olennaisena osana asiaa koskevaan perusoikeuskirjan määräykseen.

b) Nykyisen oikeuskäytännön mukaiset oikeusvaikutukset

125. On selvää, että tuomion Egenberger antamisen jälkeen perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaan voidaan ”vedota” yhdessä direktiivin 2000/78 kanssa yksityisten oikeussubjektien välisessä riita-asiassa sekä yhdenmukaisen tulkinnan välineenä että – mikä tärkeämpää – vertailuperusteena unionin oikeuden pätevyyden ja kansallisen lainsäädännön yhdenmukaisuuden riitauttamiselle (unionin

58 Tuomio 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, 43 kohta).

59 Tuomio 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, 76 kohta).

60 Tuomio 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, 81 kohta).

61 Tuomio 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, 79 kohta).

62 Tuomio 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2).

63 Työntekijöille tiedottamista ja heidän kuulemistaan koskevista yleisistä puitteista Euroopan yhteisössä 11.3.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EYVL 2002, L 80, s. 29).

64 Tuomio 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, 47 kohta). Kursivointi tässä.

65 Tuomio 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, 49 kohta).

oikeuden soveltamisalalla). Yksityiset oikeussubjektit voivat siten vedota perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaan muita yksityisiä oikeussubjekteja vastaan, jotta sen todetaan ”olevan esteenä” sen kanssa ristiriidassa olevan kansallisen säännöksen soveltamiselle tai jotta kansallinen tuomioistuin ”jättää soveltamatta” tällaista säännöstä.

126. Tuomio Egenberger vahvistaa siten unionin primaarioikeuden, jota perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohta edustaa, ensisijaisuuden sellaisessa horisontaalisessa riita-asiassa, jossa johdetun oikeuden väline on direktiivi eikä yhdenmukainen tulkinta ole mahdollinen.

127. Tuomiossa Egenberger ei kuitenkaan käsitellä yksityiskohtaisesti sitä, mitä muita seurauksia tällä vetoamisella on tällaisissa tapauksissa. Tuomioon Egenberger (tai mihinkään muuhun edellisessä jaksossa mainittuun tuomioon) ei etenkään sisälly mitään sellaista, joka vahvistaisi, että perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdalla on ”horisontaalinen välitön oikeusvaikutus” siinä mielessä, että se voi itsessään ja sellaisenaan muodostaa itsenäisen oikeuksien lähteen, joka synnyttää vastaavia velvollisuuksia toiselle yksityiselle oikeussubjektille yksityisoikeudellisessa riita-asiassa. Tuomiosta Egenberger sen enempää kuin muusta mainitusta oikeuskäytännöstäkään ei voida päätellä, että perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaan vetoaminen ja yhteensopimattomuuden toteaminen johtavat väistämättä tiettyyn oikeussuojakeinoon.

128. Kyseisessä oikeuskäytännössä toistetaan sen sijaan yleinen kaava, jonka mukaan kansallisten tuomioistuinten täytyy varmistaa ”yhteisön oikeudesta yksityisille oikeussubjekteille johtuva oikeussuoja ja taata yhteisön oikeuden täysi tehokkuus” (jättämällä soveltamatta kaikki sen kanssa mahdollisesti ristiriidassa olevat kansallisen lain säännökset),⁶⁶ tai todetaan, että kansallisen tuomioistuimen on ”varmistettava – – syrjinnän kiellon periaatteen – – noudattaminen”⁶⁷ tai että yksityiseltä oikeussubjektilta ei voida evätä mahdollisuutta saada moititulle kansalliselle säännökselle esteenä olevaa tulkintaa hyväkseen.⁶⁸

129. Yhteenvedon voidaan todeta, että nyt on selvästi osoitettu, että yhteensopivuuden abstrakti arviointi perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78 kanssa, valossa – sellaisena kuin se tehtiin ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen annetussa vastauksessa – voi johtaa yhteensopimattoman kansallisen lainsäädännön soveltamatta jättämiseen. Tämä on unionin oikeuden ensisijaisuuden seuraus, joka voi ilmetä myös yksityisten oikeussubjektien välisen riita-asian yhteydessä.

130. Seuraavassa jaksossa esitettävistä syistä ehdotan unionin tuomioistuimelle, että olisi viisasta noudattaa edelleenkin tätä lähestymistapaa. Kun unionin tuomioistuimelta kysytään nimenomaisesti, mitä erityisiä käytännön seurauksia asianosaisille on sillä, että kansallista lainsäädäntöä todellakin jätetään soveltamatta, ehdotan lisäksi, että perusoikeuskirjan määräysten horisontaalisen välittömän oikeusvaikutuksen tarkastelun (2) sijasta keskitytään pikemminkin oikeussuojakeinoihin (3).

2 ”Horisontaalinen välitön oikeusvaikutus”

131. Sen toteaminen, että perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdalla on horisontaalinen välitön oikeusvaikutus, merkitsisi sitä, että yksityiset oikeussubjektit voisivat osoittaa *suoraan kyseisen määräyksen perusteella* oikeuden ja toisen yksityisen oikeussubjektin (muun kuin valtion) sitä *vastaavan velvollisuuden* olemassaolon johdetun oikeuden olemassaolosta ja/tai sen sisältöön viittaamisesta riippumatta. Tässä mielessä säännös, jolla on välitön oikeusvaikutus, on itsessään ja sellaisenaan riittävän selvä, täsmällinen ja ehdoton, jotta siihen voidaan vedota horisontaalisessa oikeussuhteessa.

66 Tuomio 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, 29 ja 35 kohta).

67 Tuomio 19.1.2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, 56 kohta) ja tuomio 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, 35–37 kohta).

68 Tuomio 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, 41 kohta).

132. Minun on vaikea ymmärtää perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohta käsiteltävän asian yhteydessä siten, että se täyttäisi nämä vaatimukset (a), mikä pätee yleisesti myös useisiin muihin perusoikeuskirjan määräyksiin (b). Tämä ei kuitenkaan jälleen estä sitä, että perusoikeuskirjan määräyksiä voidaan soveltaa ja että ne ovat erittäin merkityksellisiä käsiteltävän kaltaisissa asioissa, joskin eri tavalla (c).

a) Perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan horisontaalinen välitön oikeusvaikutus

133. Tietyllä tasolla voitaisiin väittää, että määräys, jossa kielletään uskontoon perustuva syrjintä, on tällä abstraktiotasolla riittävän selvä, täsmällinen ja ehdoton. Siinä kielletään ehdottomasti ja selkeästi uskontoon perustuva syrjintä.

134. Jos sitä tarkastellaan tällaisella abstraktiotasolla, silloin pohjimmiltaan millä tahansa unionin oikeuden säännöksellä tai määräyksellä voisi kuitenkin olla välitön oikeusvaikutus. Tästä syystä välittömän oikeusvaikutuksen perinteinen arviointi on eriluonteista: onko tietyn säännöksen tai määräyksen sisältö riittävän selvä ja täsmällinen, jotta siihen voidaan yksittäistapauksessa vedota?

135. Käsiteltävä asia itsessään on hyvä esimerkki siitä, miten monitahoinen tämä kysymys on ja miksi ei ole ”selvää, täsmällistä ja ehdotonta” sääntöä siihen vastaamiseksi. Olisiko se perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdasta seuraava oikeus palkalliseen vapaapäivään (ja velvollisuus myöntää sellainen)? Olisiko vapaapäivä pitkäperjantaina vai jonakin muuna erityisenä päivänä? Vai voidaanko tältä osin vaatia ainoastaan rahaa suurempaa palkkaa koskevan oikeuden tai korvauksen tai vahingonkorvauksen muodossa (mihin liittyy työnantajan vastaava velvollisuus tarjota ne)?

136. Perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaa, joka on muotoiltu lyhytsanaisesti, ei mielestäni voida mitenkään tulkita siten, että se sisältää vastaukset tällaisiin kysymyksiin. Kansallinen tuomioistuin, joka ”jättää soveltamatta” unionin oikeuden vastaista kansallista säännöstä, joutuu kuitenkin vastaamaan niihin, kuten tässä tapauksessa.

137. Myönnän auliisti, ettei ”selvä, täsmällinen ja ehdoton” tarkoita sitä, että oikeuden jokainen näkökohta on nimenomaisesti määritetty etukäteen lainsäädännössä. Tällainen skenaario ei yksinkertaisesti ole realistinen. Siihen, mikä on jätetty avoimeksi, on kuitenkin voitava ainakin vedota tuomioistuimessa.⁶⁹ Juuri kyseessä olevan oikeuden (vapaapäivä pitkäperjantaina, yksi määrittelemätön palkallinen vapaapäivä ja korvaus, jos kyseistä vapaapäivää ei pidetä) luonne ei mielestäni kuitenkaan ole sellainen, johon voitaisiin tässä mielessä vedota.

138. Mikä tärkeämpää, käsiteltävässä asiassa ei mielestäni ole kyse perusoikeuskirjan (yhdessä direktiivin kanssa) horisontaalisesta välittömästä oikeusvaikutuksesta. Perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaan voi, tietyllä abstraktiotasolla, sisältyä ”selvä, täsmällinen ja ehdoton” syrjimättömyyttä koskeva vaatimus muttei siitä seuraavaa ”selvää, täsmällistä ja ehdotonta” käytännön vaatimusta. Kansallisen tuomioistuimen neljästä kysymystä ei mielestäni pitäisi lähestyä horisontaalisen välittömän oikeusvaikutuksen näkökulmasta. Sellaista horisontaalista välitöntä oikeusvaikutusta edellä kuvatussa mielessä – joka antaisi *erityisiä* oikeuksia (rahalliseen korvaukseen, etuuksiin jne.) – ei ilmiselvästi ole.

⁶⁹ Siten välitön oikeusvaikutus sallitaan myös säännöksille tai määräyksille, jotka on muotoiltu melko abstraktisti (kuten sääntö, jonka mukaan muutoksenhakumenettely, jossa riitautetaan ympäristövaikutusten arvioinnista annetun direktiivin (tiettyjen julkisten ja yksityisten hankkeiden ympäristövaikutusten arvioinnista 27.6.1985 annettu neuvoston direktiivi 85/337/ETY (EYVL 1985, L 175, s. 40)) soveltamisalalla tehtyjen tiettyjen päätösten laillisuus, ei saa olla niin kallis, että se olisi esteenä menettelyyn osallistumiselle) mutta joiden laajuus ja soveltamisala sekä käytännön tulokset, jotka on tarkoitus saavuttaa, on rajattu selkeästi sen johdetun oikeuden välineen rakenteessa, jonka osa ne ovat – ks. äskettäin 5.6.2018 esittämäni ratkaisuehdotus Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, 33–55 kohta).

b) Perusoikeuskirjan horisontaalinen välitön oikeusvaikutus yleisemmin

139. Kun tarkastelu ulotetaan käsiteltävän asian erityistä asiayhteyttä ja ”välittömän oikeusvaikutuksen” perinteisen testin perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaan soveltamista laajemmalle, on muitakin periaatteellisia perusteita sille, miksi perusoikeuskirjan määräysten horisontaalinen välitön oikeusvaikutus olisi ongelmallinen.

140. Ensinnäkin perusoikeuskirjan 51 artiklan 1 kohdan mukaan – hyvin samaan tapaan kuin direktiivit SEUT 288 artiklan nojalla – perusoikeuskirjan määräykset eivät yksinkertaisesti koske yksittäisiä oikeussubjekteja vaan jäsenvaltioita ja unionin toimielimiä, elimiä ja laitoksia. Voitaisiin väittää, ettei tämä (sanamuotoon perustuva) peruste ole kovinkaan vakuuttava, sillä perusoikeuskirjalla on itse asiassa jo merkittäviä *horisontaalisia vaikutuksia*, joita on käsitelty yksityiskohtaisesti edellä.⁷⁰ Siinä on kuitenkin huomattava laadullinen ero, että yhtäältä todetaan, että ihmisoikeusjulistusta saatetaan käyttää yhteensopivuuden arvioimiseen ja sen kanssa ristiriidassa olevan lainsäädännön mahdolliseen soveltamatta jättämiseen ja että se voi toimia perustana yhdenmukaiselle tulkinnalle myös horisontaalisissa tilanteissa, ja että toisaalta ihmisoikeusjulistuksesta *johdetaan suoria velvollisuuksia* yksityisille oikeussubjekteille lainsäädännön säännöksistä riippumatta ja/tai niiden puuttuessa. Tämä on myös syy siihen, miksi tietääkseni useissa oikeusjärjestelmissä kansallisella ihmisoikeusjulistuksella olisi juuri nämä kaksi tehtävää, minkä lisäksi se voi ilmentää valtiolle asetettavia positiivisia velvoitteita. Vaikka perusoikeudet koskevatkin yksityisoikeudellisia suhteita tällä tavalla, niitä ei tästä huolimatta – mikä on hyvin viisasta – voida soveltaa suoraan horisontaalisesti.

141. Toiseksi syynä tällaiseen rajoittamiseen ei suinkaan ole se, ettei perusoikeuksia haluttaisi suojella tehokkaasti. Syynä on pikemminkin ennakoitavuuden, oikeusvarmuuden ja – perustuslaillisella tasolla – toimivallan jaon tarve. Ihmisoikeusjulistukset ovat yleensä melko abstrakteja ja siten epämääräisiä, ja tämä pätee myös perusoikeuskirjaan. Jotta niiden sisältöön voidaan vedota, tarvitaan yleensä myös muuta lainsäädäntöä. Jos tällaisille määräyksille itsessään ja sellaisinaan annettaisiin horisontaalinen välitön oikeusvaikutus yksityisten oikeussubjektien oikeuksien ja velvollisuuksien osalta, tämä avaisi oven lainkäytöllisen luovuuden äärimmäisille muodoille.⁷¹

142. Kolmanneksi on niin, että koska perusoikeuskirjasta johtuvien oikeuksien ja velvollisuuksien sisältö on epäselvä, saattaa olla houkuttelevaa etsiä vastauksia asiaa koskevasta johdetusta oikeudesta. Arvioidessaan kansallisen lainsäädännön yhteensopivuutta perusoikeuskirjan määräysten kanssa (ensisijaisuuden periaate) unionin tuomioistuin todellakin viittaa perusoikeuskirjan määräysten ja yleisten periaatteiden soveltamiseen ”ottaen huomioon” johdetun oikeuden tai ”yhdessä” sen kanssa.⁷² Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö, jossa tosiasialisesti sisällytetään direktiivien (usein hyvin monitahoinen) sisältö perusoikeuskirjan määräyksiin ennen kuin näitä määräyksiä sovelletaan horisontaalisesti, vaikuttaa olevan yleistymässä.⁷³

⁷⁰ Edellä tämän ratkaisuehdotuksen 125–129 kohta.

⁷¹ Tämä on myös syy siihen, miksi vuonna 1929 Hans Kelsen, jota usein pidetään nykyaikaisen valtiosääntöoikeuden ”isänä” mutta joka olisi todennäköisesti ollut hyvin yllätynyt nähdessään sen nykymuodossaan, katsoi, ettei säännöksiä, joista hän käytti nimitystä ”überpositive Normen” ja joihin hän sisällytti myös perusoikeudet, pitäisi soveltaa suoraan, ja varoitti, että tämä antaisi mille tahansa perustuslakituomioistuimelle tosiasialisen valtamonopolin valtion rakenteissa – Kelsen, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5. Berliini ja Leipzig, de Guyter & Co., 1929, s. 69 ja 70.

⁷² Tuomio 17.4.2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), jota tarkasteltiin tässä yhteydessä edellä 122 kohdassa. Ks. myös tuomio 19.1.2010, Kükückdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), joka koskee ikään perustuvan syrjinnän kiellon periaatetta, ”sellaisena kuin se on konkretisoituna direktiivillä 2000/78”.

⁷³ Äskettäin esimerkiksi oppinut kollegani, julkisasiamies Bot, ehdotti unionin tuomioistuimelle, että tietyistä työajan järjestämistä koskevista seikoista 4.11.2003 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2003/88/EY (EUVL 2003, L 299, s. 9) asiaa koskeva sisältö sisällytetään perusoikeuskirjan 31 artiklan 2 kohtaan. Hän perusteli tätä viittaamalla perusoikeuskirjaa koskeviin selityksiin, joiden mukaan 31 artiklan 2 kohta ”perustuu direktiiviin 93/104” (joka on kodifioitu direktiivillä 2003/88) – ks. julkisasiamies Botin ratkaisuehdotus Bauer ja Broßonn (C-569/16 ja C-570/16, EU:C:2018:337, 86 kohta).

143. Toisinaan johdetun oikeuden tarkastelu on kiistatta erittäin tärkeää selvitetessä sitä, millainen oikeuden tai yleisen periaatteen (hyväksyttävä) sisältö kulloinkin on.⁷⁴ On kuitenkin eri asia tarkastella (useita) johdetun oikeuden lähteitä kriittisesti ja vertailevasti yleisen suuntauksen määrittämiseksi kuin ”siirtää” direktiivin sisältö ”kirjaimellisesti” perusoikeuskirjan määräykseen kritiikittä ja suoraan.

144. Jälkimmäiseen menettelytapaan liittyy lukuisia perustuslaillisia ja käytännön ongelmia.⁷⁵ Onko perusoikeuskirjan määräysten välittömän oikeusvaikutuksen edellytykseksi asetettava se, onko tietyllä alalla annettu johdettua oikeutta, ja jos on, niin mitä? Päättääkö unionin lainsäätävä siten epäsuorasti perusoikeuskirjan välittömästä oikeusvaikutuksesta (tai sen puuttumisesta)? Olisiko perusoikeuskirjalta ”evättävä perustuslaillinen asema” tällä tavalla? Sen sijaan, että perusoikeuskirja muodostaa vertailuperusteen johdetun oikeuden tarkastelulle, olisiko sen oltava määrävässä ja hallitsevassa asemassa tässä tarkastelussa? Ellei näin ole tai ei ole ainakaan *aina*, milloin näin pitäisi olla tai ei olla?

145. Viime kädessä juuri tästä ennakoitavuuden ja oikeusvarmuuden ongelmasta, johon oman mausteensa tuo eittämättä omien aiemmin asetettujen rajoitusten kiertäminen, pääsenkin viimeiseen kohtaan: jos tämä todellakin olisi unionin tuomioistuimen tuleva lähestymistapa, olisi kenties järkevää tarkastella uudelleen kysymystä direktiivien horisontaalisesta välittömästä oikeusvaikutuksesta. Vaikuttaa yhä kyseenalaisemmalla, että direktiiveiltä evätään muodollisesti horisontaalinen välitön oikeusvaikutus, samalla kun käännetään kaikki kivet sen varmistamiseksi, ettei tällä rajoituksella ole mitään käytännön seurauksia, kuten sisällyttämällä direktiivin sisältö perusoikeuskirjan määräykseen.

c) Ei horisontaalista välitöntä oikeusvaikutusta mutta (merkittäviä) vaikutuksia tästä huolimatta

146. Se, ettei perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdalla (tai sen muilla määräyksillä) ole horisontaalista välitöntä oikeusvaikutusta, ei tarkoita, ettei niillä olisi horisontaalisia oikeusvaikutuksia. Asia on juuri päinvastoin. Nämä vaikutukset ovat kuitenkin eriluonteisia. Kansallisen lainsäädännön osalta perusoikeuskirja toimii i) tulkinnan apuvälineenä kansallisen lainsäädännön unionin oikeuden mukaisessa tulkinnassa ja ii) vertailuperusteena unionin ja kansallisten säännösten yhteensopivuudelle, ja jos kansalliset säännökset (joita sovelletaan siinä asiayhteydessä, jossa jäsenvaltio toimii unionin oikeuden soveltamisalalla) ovat perusoikeuskirjan vastaisia, kansallisen tuomioistuimen on jätettävä soveltamatta niitä, myös yksityisten oikeussubjektien välisissä riita-asioissa. Jälkimmäinen seuraus johtuu kuitenkin unionin oikeuden ensisijaisuudesta eikä perusoikeuskirjan määräysten horisontaalisesta välittömästä oikeusvaikutuksesta. Yksityisille oikeussubjekteille ei voida luoda uusia itsenäisiä velvollisuuksia *yksinomaan* perusoikeuskirjan perusteella.

147. Perusoikeuskirjan vastaisen kansallisen lainsäädännön soveltamatta jättäminen ei kiistatta sellaisenaan välttämättä anna välitöntä suojaa asianosaisille. Näin on selvästikin käsiteltävässä asiassa. Soveltamatta jättäminen tarkoittaa kansallisen lainsäädännön unionin oikeuden vastaisten säännösten pelistä poistamista. Ellei soveltamatta jättämisen käsitteeseen omaksuta jokseenkin harvinaislaatuista – ja kaiken lisäksi monimutkaista ja vaarallista – lähestymistapaa (jossa unionin oikeuden vastaisesta säännöksestä esimerkiksi poistetaan valikoivasti tiettyjä ilmaisuja),⁷⁶ unionin oikeuden vastaisen

74 Esimerkkinä tällaisesta huolellisesta ja tasapainoisesta analyysistä ks. tuomio 15.10.2009, Audiolux ym. (C-101/08, EU:C:2009:626).

75 Ks. julkisasiamies Trstenjakin ratkaisuehdotus Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559), jossa tätä aihetta tarkastellaan seikkaperäisesti.

76 Lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 7 §:n 3 momentissa säädetään nykyisin seuraavaa: ”Myös pitkäperjantai on vapaapäivä Augsburgin ja Helvetian tunnustusten mukaisten evankelisten kirkkojen, vanhakatolisen kirkon ja evankelis-metodistisen kirkon jäsenille.” Jos ”soveltamatta jättäminen” tapahtuu kyseisen säännöksen yksittäisten ilmaisujen tasolla, tämä voisi merkitä esimerkiksi sitä, että poistetaan virkkeen objekti, toisin sanoen viittaus kyseisten neljän kirkon jäseniin (jolloin kaikki saisivat vapaapäivän tai korvauksen pitkäperjantaina), tai että poistetaan viittaukset kyseisten neljän kirkon jäseniin ja pitkäperjantaihin (jolloin myönnettäisiin vapaapäivä määrittelemättömänä ajankohtana – kuten komissio on ehdottanut). Unionin oikeuden vastaisen kansallisen lainsäädännön soveltamatta jättämisen ei kuitenkaan pitäisi kenties tarkoittaa käytännössä lainkäyttöllistä Scrabble-peliä, jossa voidaan luoda millaisia sääntöjä tahansa yksinkertaisesti yhdistelemällä uudelleen lainsäädännöstä poimittuja valikoituja ilmauksia.

säännöksen soveltamatta jättäminen tarkoittaisi käsiteltävässä asiassa sitä, että jätetään soveltamatta lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain koko 7 §:n 3 momenttia. Tämä tarkoittaisi sitä, että siitä hetkestä lähtien, jona tuomioistuin toteaa säännöksen unionin oikeuden vastaiseksi, kenelläkään ei olisi vapaapäivää pitkäperjantaina.

148. Vaihtoehtoinen lähestymistapa olisi katsoa, että on olemassa syrjimättömyyttä koskeva oikeus, jolla on horisontaalinen välitön oikeusvaikutus, ja että tähän oikeuteen sisältyy erottamattomasti oikeus saada samat oikeudet ja etuudet kuin suotuisampaan asemaan asetettu ryhmä (ylöspäin suuntautuva tasaaminen) tai siihen, että muita samassa tilanteessa olevia kohdellaan yhtä huonosti (alaspäin suuntautuva tasaaminen). Tämä käy nimittäin implisiittisesti ilmi kansallisen tuomioistuimen neljänestä kysymyksestä. Jos kuitenkin oletetaan, että ratkaisuksi valitaan ylöspäin suuntautuva tasaaminen – mihin palaan jäljempänä –, vastausta edellä esille tulleisiin kysymyksiin kyseisten oikeuksien luonteesta ja laajuudesta ei edelleenkään saada.

149. Tämä kysymys olisi mielestäni ymmärrettävä sen sijaan niin, että sillä pyritään selventämään niitä täsmällisiä *oikeussuojakeinoja*, joita käsiteltävän kaltaisessa asiassa on oltava käytettävissä, eikä tiettyjen (vapaapäiviä, korvauksia tms. koskevien) oikeuksien vaikeasti rajattavaa joukkoa. Tämä lähestymistapa sisältyy nimittäin jo oikeuskäytäntöön, joka perustuu tuomioihin Mangold, Kükükdeveci, DI ja Egenberger, joissa kaikissa vahvistettiin unionin oikeuden vastaisen kansallisen säännöksen soveltamatta jättäminen ja oikeus tehokkaiisiin oikeussuojakeinoihin (eikä perusoikeuskirjan ”horisontaalista välitöntä oikeusvaikutusta”). Käsiteltävässä asiassa keskittyminen siihen, mitä käytännön seurauksia soveltamatta jättämisellä on, tarkoittaa kuitenkin sitä, että unionin tuomioistuimen on tiedostettava tämä ero. Tarkastelen seuraavaksi tätä kysymystä.

3 Oikeussuojakeinot

150. Perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdassa ei anneta tiettyjä vastaavia oikeuksia tai velvollisuuksia työntekijälle ja -antajalle. Kansallisten tuomioistuinten tehtävänä on nimenomaisesti varmistaa, että yksityiset oikeussubjektit saavat sen oikeusturvan, joka heille unionin oikeuden säännöksillä myönnetään, ja taata mainittujen säännösten täysi oikeusvaikutus.⁷⁷ Tehokasta oikeussuojaa koskevan periaatteen mukaisesti *käytettävissä on oltava keino syrjinnän korjaamiseksi*.⁷⁸

151. Kun unioni ei ole antanut asiaa koskevia säännöksiä, kunkin jäsenvaltion asiana on sisäisessä oikeusjärjestyksessään määrittää toimivaltaiset tuomioistuimet ja antaa menettelysäännöt sellaisia oikeussuojakeinoja varten, joilla pyritään turvaamaan yksityisillä oikeussubjekteilla unionin oikeuden perusteella olevat oikeudet. Jäsenvaltioilla on kuitenkin velvollisuus taata kussakin yksittäistapauksessa näiden oikeuksien tehokas suoja⁷⁹ ja näin tehdessään noudattaa vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteita.⁸⁰

152. Unionin tuomioistuin voi kuitenkin antaa ohjeita siitä, mitä oikeus tehokkaiisiin oikeussuojakeinoihin tarkoittaa käsiteltävän kaltaisessa asiassa. Unionin tuomioistuin voi auttaa ennakkoratkaisua pyytäneitä tuomioistuinta kahdessa kysymyksessä. Ensinnäkin siinä, koostuuko oikeussuojakeino tasaamisesta ylös- vai alaspäin (a), ja toiseksi siinä, ketä vastaan tätä oikeussuojakeinoa olisi käytettävä (b).

77 Ks. tuomio 5.10.2004, Pfeiffer ym. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, 111 kohta). Ks. myös tuomio 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, 42 kohta).

78 Tuomio 13.3.2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

79 Ks. erityisesti tuomio 9.7.1985, Bozzetti (179/84, EU:C:1985:306, 17 kohta); tuomio 18.1.1996, SEIM (C-446/93, EU:C:1996:10, 32 kohta) ja tuomio 17.9.1997, Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, 40 kohta).

80 Ks. erityisesti tuomio 16.12.1976, Rewe-Zentralfinanz ja Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, 5 kohta); tuomio 16.12.1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, 13–16 kohta); tuomio 14.12.1995, Peterbroeck (C-312/93, EU:C:1995:437, 12 kohta); tuomio 13.3.2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, 43 kohta) ja tuomio 7.6.2007, van der Weerd ym. (C-222/05–C-225/05, EU:C:2007:318, 28 kohta).

153. Katson käsiteltävän kaltaisissa asioissa seuraavaa: jos kyseessä on yksityisten oikeussubjektien välinen riita-asia ja jos syrjintä perustuu kansalliseen lainsäädäntöön ja todetaan perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan perusteella (ensimmäisen kysymyksen osalta tehdyn kaltaisessa abstraktissa tarkastelussa yhdessä direktiivin 2000/78 kanssa), unionin oikeudessa ei edellytetä oikeussuojakeinon tarjoamista *työnantajaa* vastaan. Unionin oikeudessa kuitenkin edellytetään, että syrjityksi tullut voi nostaa vahingonkorvauskanteen *valtiota* vastaan rikkomisen korjaamiseksi.

154. Ennen kuin käsittelen näitä seikkoja lähemmin, tarkastelen kysymystä ”ylöspäin suuntautuvasta tasaamisesta” ja ”alaspäin suuntautuvasta tasaamisesta”.

a) Ylös- ja alaspäin suuntautuva tasaaminen

155. Kansallisen tuomioistuimen neljännessä kysymyksessä ehdotetaan kahta ratkaisua syrjintäongelmaan tässä tapauksessa: ylös- tai alaspäin suuntautuva tasaaminen.

156. Haluan selventää, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymys koskee ymmärtääkseni ainoastaan ”väliaikaista ajanjaksoa”, toisin sanoen ajanjaksoa siitä, kun yhteensopimattomuus todetaan, siihen, kunnes kansallinen lainsäätävä ottaa käyttöön uuden järjestelmän. Tämän ajanjakson osalta kysymys siitä, olisiko tehtävä ylös- vai alaspäin suuntautuvaa tasaamista, on nimittäin avoinna.

157. Sama kysymys ei sitä vastoin varsinaisesti tule esille menneisyyden osalta eli niiden aiempien vuosien osalta, joina korvaus myönnettiin ainoastaan valikoidulle ryhmälle muttei muille, eikä näitä ajanjaksoja vielä koske kansallisen oikeuden vaateita koskevat vanhentumissäännöt. Näiden ajanjaksojen osalta ainoa tapa korjata aiempi syrjintä on käytännössä itse asiassa ”ylöspäin suuntautuva tasaaminen”. Suotuisampaan asemaan asetetulta ryhmältä ei voida taannehtivasti viedä heille myönnettyjä etuuksia, tai pikemminkin jo saavutettuja oikeuksia, luottamuksensuojan vuoksi. Siten ainoa todellinen tapa korjata syrjintä kyseisen ajanjakson osalta on myöntää sama etuus kaikille (jollei muuta kuitenkaan johdu seuraavassa jaksossa käsiteltävästä kysymyksestä, ketä voidaan vaatia maksamaan ja miksi).

158. Kun näin ollen tarkastellaan ainoastaan tätä väliaikaista ajanjaksoa, komissio ehdotti myös sen osalta, että asianmukainen vastaus olisi ylöspäin suuntautuva tasaaminen. Tämän väitteen tueksi sekä kantaja että komissio viittasivat tuomioista Milkova, Specht ym. ja Landtová koostuvaan oikeuskäytäntöön.⁸¹

159. On nimittäin totta, että mainituissa asioissa unionin tuomioistuin huomautti laajasti, että ”kun on todettu esiintyvän unionin oikeuden vastaista syrjintää, *niin kauan kuin yhdenvertaisen kohtelun palauttavia toimenpiteitä ei ole toteutettu*, yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen voidaan varmistaa ainoastaan antamalla epäedullisessa asemassa olevaan ryhmään kuuluville henkilöille samat edut kuin etuoikeutettuun ryhmään kuuluville henkilöille, koska viimeksi mainittua ryhmää koskeva järjestelmä on siinä tapauksessa, ettei unionin oikeutta ole sovellettu asianmukaisesti, ainoa pätevä viitejärjestelmä”.⁸²

160. Tästä seuraa, että jos kansallinen tuomioistuin toteaa lainsäädäntöön perustuvan syrjinnän, unionin oikeuden vastaisen kansallisen säännöksen soveltamatta jättämisen väistämätön seuraus on nimittäin ”ylöspäin suuntautuva tasaaminen”, kunnes annetaan syrjimätöntä lainsäädäntöä (jossa mahdollisesti tehdään alaspäin suuntautuvaa tasaamista).⁸³

81 Tuomio 22.6.2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415); tuomio 19.6.2014, Specht ym. (C-501/12-C-506/12, C-540/12 ja C-541/12, EU:C:2014:2005) ja tuomio 9.3.2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

82 Tuomio 22.6.2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415, 51 kohta); tuomio 19.6.2014, Specht ym. (C-501/12-C-506/12, C-540/12 ja C-541/12, EU:C:2014:2005, 95 kohta) ja tuomio 9.3.2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, 67 kohta). Kursivointi tässä.

83 Ks. tuomio 9.2.1999, Seymour-Smith ja Perez (C-167/97, EU:C:1999:60).

161. Esitän tästä seuraavat huomautukset.

162. Ensinnäkin ensisijaisuus, myös perusoikeuskirjan ensisijaisuus, edellyttää, että unionin oikeuden vastaista kansallista säännöstä on jätettävä soveltamatta. Tämä tarkoittaa, että säännöksen on tosiasiassa määrä hävitä kansallisesta oikeusjärjestyksestä tilanteissa, joissa se on ristiriidassa unionin oikeuden kanssa. Näin ollen sitä, mikä on hävinnyt, ei loogisesti voida soveltaa keneenkään. Sama säännös, joka poistettiin, kun sitä voidaan soveltaa joihinkin, herää kuitenkin kuin ihmeen kaupalla uudelleen henkiin, jotta sitä voidaan soveltaa kaikkiin. Tämä ristiriita, joka sisältyy epäsuorasti ylöspäin suuntautuvaan tasaamiseen, on tunnustettava ennen kuin sitä voidaan käsitellä.

163. Toiseksi laajasti ottaen ylöspäin suuntautuva tasaaminen tilapäisenä, oletusarvoisena *oikeussuojakeinona* (toisin kuin oikeus, jolla on horisontaalinen välitön oikeusvaikutus) vaikuttaa paremmalta vaihtoehdolta, etenkin suotuisampaan asemaan asetetun ryhmän luottamuksensuojan näkökulmasta. Ongelmat kuitenkin piilevät yksityiskohdissa (tai ainakin käytännön soveltamisessa) tässäkin tapauksessa. Monimutkaisempiin tapauksiin liittyy muita kuin rahallisia etuuksia. Käsiteltävässä asiassa komissio väitti kirjallisissa huomautuksissaan, että lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 7 §:n 3 momentti saattaa olla syrjivä, koska siinä myönnetään pitkäperjantaina vapaapäivä joillekin uskonnollisille ryhmille muttei muille. Komissio ei kuitenkaan ehdottanut ratkaisuksi sitä, että pitkäperjantaina myönnetään vapaapäivä kaikille. Sen sijaan komissio ehdotti säännöksen laatimista uudelleen siten, että palkallisesta vapaapäivästä muodostuvaa etuutta laajennetaan sellaisen ”erityisen tärkeän” uskonnollisen juhlan viettämiseen, jonka kukin yksittäinen työntekijä määrittää. ”Ylöspäin suuntautuva tasaaminen” kuulostaa hyvältä, mutta sen käytännön soveltamisessa piilee mahdollisesti merkittävää monimutkaisuutta, jopa sattumanvaraisuutta, samaan tapaan kuin se, joka tuli esille jo horisontaalisen välittömän oikeusvaikutuksen kysymyksen yhteydessä.

164. Kolmanneksi unionin tuomioistuin on antanut useita tuomioita, joissa on ilmaistu jokin ylöspäin suuntautuva tasaamista koskevan periaatteen muoto. Kussakin näistä asioista on kuitenkin piirteitä, jotka erottavat ne muista. Niistä erityisen merkittäviä on kaksi, nimittäin *syrjinnän alkuperä* ja *vastaajan henkilöllisyys*.

165. Tältä osin huomautan, että kaikissa asioissa, jotka asianosaiset ja muut osapuolet ovat maininneet ylöspäin suuntautuvasta tasaamisesta muodostuvan ratkaisun tueksi,⁸⁴ syrjinnän alkuperä oli kansallisessa lainsäädännössä ja *vastaajana oli valtio* (ja riita-asia koski rahasummaa⁸⁵). Tämä on nähdäkseni yksinkertaisin mahdollinen asetelma (ja myös tavallisin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä).⁸⁶ Jäsenvaltion on viime kädessä vastattava lainsäädäntöön sisältyvästä syrjinnästä aiheutuvista kustannuksista. Tämä on selkeä seuraus tuomiosta Francovich ym. ja sitä seuranneesta oikeuskäytännöstä. Valtion korvausvastuun on lähtökohtaisesti muodostettava turvaverkko.

84 Edellä alaviite 81.

85 Erinomainen esimerkki korvattavasta etuudesta, toisin kuin esimerkiksi lomaoikeus tai oikeus työhön.

86 Muissa tuomioissa, joissa toistetaan ylöspäin tasaamista koskevan periaatteen tuomioissa Landtová, Specht ym. ja Milkova vahvistettu muoto, vastaajana on myös valtio – ks. tuomio 12.12.2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, 42 kohta); tuomio 21.6.2007, Jonkman ym. (C-231/06–C-233/06, EU:C:2007:373, 39 kohta); tuomio 28.1.2015, Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38, 46 kohta) ja tuomio 14.3.2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, 30 kohta). Ks. myös suppeammin muotoilluista muodoista, joissa viitataan esimerkiksi palkkaa koskevaan syrjintään, tuomio 7.2.1991, Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, 18 kohta) ja tuomio 17.4.1997, Evrenopoulos (C-147/95, EU:C:1997:201, 42 kohta). Kollektiivisista sopimuksista johtuva syrjintä on myös yleistä ja rinnastetaan tosiasiassa lainsäädäntöön perustuvaan syrjintään, ja unionin tuomioistuin käyttää tältä osin ylöspäin suuntautuvan tasaamisen periaatteen avoimemmin muotoiltua muotoa – ks. esim. tuomio 20.3.2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, 72 kohta).

166. On myös tapauksia, joissa unionin tuomioistuin on viitannut ylöspäin suuntautuvan tasaamisen periaatteeseen yksityisten oikeussubjektien välisen riita-asian yhteydessä. Näin on kuitenkin tapahtunut rajallisessa määrässä tapauksia, jotka liittyivät eläkettä⁸⁷ tai palkkaa⁸⁸ koskevaan syrjintään, jonka katsottiin yleensä johtuvan *työnantajasta* (eikä perustuvan lainsäädäntöön). Yksityisten oikeussubjektien välisissä riita-asioissa, joissa vedottiin syrjintään, sen sijaan, että unionin tuomioistuin olisi ehdottanut yleisratkaisuksi ylöspäin suuntautuvaa tasaamista, se on pikemminkin keskittynyt yleiseen edellytykseen taata tehokkaat oikeussuojakeinot ja seuraamukset.⁸⁹

167. Neljänneksi on niin, että silloin kun asiaan ei liity erityisiä lisäperusteita, kuten ihmisarvo tai luottamuksensuoja, jotka estäisivät alaspäin suuntautuvan tasaamisen väliaikaisena ajanjaksona yksittäistapauksessa, en näe mitään periaatteellista perustetta sille, miksi alaspäin suuntautuva tasaaminen sinänsä olisi pois suljettua järjestelmällisesti ja kaikissa syrjintätapauksissa. Tämä pätee etenkin tapauksiin, joissa suotuisampaan asemaan asetetulle ryhmälle myönnetty etuus ei ole toistuva tai, jos se on toistuva, riippuvuussuhdetta ei synny (kuten esimerkiksi säännöllisesti maksettavien sosiaaliturvaetuuksien tapauksessa).

168. Käsiteltävään asiaan palatakseni, mikä olisi sellainen erityinen (lisä)peruste, jonka perusteella kumottaisiin se päätelmä, että unionin oikeuden vastaista säännöstä on jätettävä soveltamatta, ja korvattaisiin se päätelmällä, jonka mukaan sen henkilöllistä soveltamisalaa on laajennettava 50-kertaisesti?⁹⁰

169. Vaatimukseen siitä, että kaikkien olisi oltava aiempaa paremmassa asemassa, liittyvä jalomielisyys on kenties henkilökohtaisesti palkitsevaa mutta tuskin oikeudellisesti asianmukaista, jos ei oteta huomioon taloudellista kestävyyttä.⁹¹ Haluan korostaa, ettei syrjintää voida tietenkään perustella taloudellisilla näkökohdilla. Tämä sinänsä ei kuitenkaan ole ehdoton oikeuttamisperuste ylöspäin suuntautuvalle tasaamiselle.

170. Kyseisten neljän kirkon jäsenten uskonnonvapauden turvaaminen ei myöskään ole ratkaisevaa. Huomaan tältä osin, että lepo- ja vapaa-ajasta annetun lain 8 §:ssä asetetaan työnantajille huolenpitovelvollisuus, joka käytännössä edellyttää, että ne ottavat asianmukaisesti huomioon uskonnonharjoittamiseen liittyvät työntekijöidensä tarpeet. Jos tämä riittää muille Itävallan uskonnollisille vähemmistöille niiden erityisten uskonnollisten juhlapäivien osalta, miksi se ei riittäisi kyseisten neljän kirkon jäsenille? Käänteisesti on epäselvää, miten ylöspäin suuntautuva tasaaminen – mahdollisesti siten, että kaikille itävaltalaisille työntekijöille maksettaisiin kaksinkertainen palkka tai myönnettäisiin vapaapäiviä pitkäperjantaina – edistäisi millään tavalla uskonnonvapautta.

171. Edellä esitetyn perusteella katson, ettei käsiteltävässä asiassa ole mahdollista yksinkertaisesti vastata ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle vahvistamalla, että ylöspäin suuntautuva tasaaminen on ainoa oikea etenemistapa. Unionin tuomioistuin on kehittänyt tämän lähestymistavan valtiota vastaan nostettujen ja lähinnä sosiaaliturvaetuuksia koskeneiden kanteiden yhteydessä, eikä

87 Ks. tuomio 28.9.1994, van den Akker (C-28/93, EU:C:1994:351); tuomio 28.9.1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348) ja tuomio 28.9.1994, Avdel Systems (C-408/92, EU:C:1994:349), jotka teknisesti ottaen koskivat myös ei-valtiollista eläkejärjestelmää, jota kuitenkin "sovellettiin sopimusperusteisesti" siinä mielessä, että eläkejärjestelmään maksettavat eläkemaksut korvasivat valtiollisen eläkejärjestelmän maksut.

88 Tuomio 8.4.1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56).

89 Tuomio 10.4.1984, Harz (C-79/83, EU:C:1984:155) ja tuomio 8.11.1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383).

90 Huomaan, että suullisissa lausumissaan komissio puolsi sitä, että vapaapäivän/korvauksen myöntäminen pitkäperjantaina kyseisten neljän kirkon jäsenille (n. 2 % väestöstä) ulotetaan koskemaan kaikkia itävaltalaisia työntekijöitä ja että jom kippur -päivän tapauksessa toimitaan samoin.

91 Istunnossa arvioitiin pitkäperjantain korvauksen ulottamisesta kaikkiin työntekijöihin aiheutuvien kustannusten määräksi 600 miljoonaa euroa vuodessa (ja oletettavasti sama koskisi jom kippurin tapausta).

sitä voida soveltaa yleisesti horisontaalisiin riita-asioihin. Nyt tarkasteltavissa olosuhteissa se olisi myös liian yksinkertaistettu vastaus, jossa piilee tiettyjä monimutkaisuuksia, joilla on suuri merkitys käytännön kannalta. Katson sen sijaan, että vertailukohtana tässä asiassa olisi käytettävä tehokkaita oikeussuojakeinoja koskevaa unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä.

b) Tehokkaat oikeussuojakeinot (ja vastaajan henkilöllisyys)

172. Vaikka perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdalla ei olekaan horisontaalista välitöntä oikeusvaikutusta, ongelmallista kansallista säännöstä on jätettävä soveltamatta (ensimmäinen kysymys). Kysymystä ylös- tai alaspäin suuntautuvasta tasaamisesta on käsitelty edellä. Tässä viimeisessä jaksossa tarkastelen sitä, kenen olisi tarjottava oikeussuojakeino. Vaihtoehtoja on lähinnä kaksi: i) työnantaja (joka voi sitten puolestaan nostaa kanteen valtiota vastaan) tai ii) valtio (jota vastaan työntekijän olisi nostettava kanne suoraan). Oikea vastaus on nähdäkseni jälkimmäinen: valtio.

i) Oikeussuojakeinot työnantajaa vastaan

173. Edellyttääkö oikeus tehokkaiisiin oikeussuojakeinoihin nyt tarkasteltavan kaltaisissa tapauksissa, joissa kantaja on työnantajan soveltaman syrjivän kansallisen lainsäädännön uhri, että työntekijällä on oltava käytettävissään oikeussuojakeino kyseistä työnantajaa vastaan?

174. Julkisasiamies Cruz Villalón puolsi tätä vaihtoehtoa nimenomaisesti ratkaisuehdotuksessaan AMS. Hän totesi, että ”vahingonkorvauskanteesta vastaaminen on kuitenkin kohtuullista asettaa sille, joka on hyötynyt lainvastaaisesta menettelystä, eikä periaatteen sisällön täsmentämisestä syntyneen oikeuden haltijalle”.⁹² Työnantaja, jonka katsotaan olevan vastuussa, voisi sitten nostaa kanteen valtiota vastaan.

175. Unionin tuomioistuin ei koskaan ole suoranaisesti käsitellyt tätä seikkaa, ellen erehdy. Tuomiota DI voitaisiin kuitenkin tulkita myös siten, että siinä asetetaan tällainen vaatimus.⁹³

176. Tällainen lähestymistapa voisi nimittäin olla oikeutettu (työntekijän suojelun) tehokkuuteen liittyvistä syistä. Työntekijän kannalta voi olla edullisempaa ja nopeampaa (sekä vähemmän arveluttavaa) nostaa kanne työnantajaa kuin valtiota vastaan. Moraaliselta kannalta työntekijälle aiheutuu haittaa syrjivästä lainsäädännöstä, ja hän ansaitsee suojaa. Kuten oppinut julkisasiamies Cruz Villalón huomautti, työnantaja todennäköisesti saa syrjinnän seurauksena lainvastaista hyötyä, joka on hyvitetävä. Yleisesti ottaen työnantaja todennäköisesti käyttää valtaa työntekijään nähden.

177. Siten perusteet, jotka tukevat sen toteamista, että työoloja koskevan syrjinnän tapauksessa on aina oltava käytettävissä oikeussuojakeino suoraan työnantajaa vastaan, liittyvät yleensä seuraaviin kolmeen tekijään: *alkuperään, syyhyn ja hyötyyn* sekä mahdollisesti lisäksi *valta-asemaan* ja (luontaiseen) *eriarvoisuuteen*.

178. Yleisellä tasolla nämä perusteet pätevät varmasti tietyn tyyppiseen syrjintään: sellaiseen, jonka voidaan katsoa johtuvan ainakin osittain tietystä työnantajasta. Niihin liittyy kuitenkin useita loogisia ongelmia nyt tarkasteltavan kaltaisessa tapauksessa, jossa on kyse yksityisten oikeussubjektien välisestä riita-asiasta ja jossa vedotaan uskuntoon perustuvaan syrjintään, joka johtuu suoraan kansallisesta lainsäädännöstä.

92 Ratkaisuehdotus Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, 79 kohta).

93 Tuomio 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, 42 kohta).

179. Ensinnäkin rikkomisen *alkuperä* on käsiteltävässä asiassa kansallinen lainsäädäntö. Työnantaja ei ole käyttänyt aidosti harkintavaltaa tai tehnyt itsenäistä päätöstä. Se pelkästään sovelsi sitovaa kansallista lainsäädäntöä. Tällainen tilanne on hyvin erilainen kuin ne, joissa unionin tuomioistuin edellytti, että käytettävissä on oikeussuojakeino työnantajaa vastaan, mutta joissa syrjintä perustui myös osittain työnantajan omiin päätöksiin.⁹⁴

180. Tämä liittyy toiseen tekijään eli *syyhyn*. Mikä oli se syy, jonka vuoksi työnantajan olisi maksettava korvausta? Pätevän kansallisen lainsäädännön soveltaminen? Tapauksissa, joissa unionin tuomioistuin on tarkastellut väitettyä työnantajien harjoittamaa syrjintää, joka on unionin oikeuden vastaista, se on usein todennut, että rikkomisesta määrättävän seuraamuksen on oltava tehokas, oikeasuhteinen ja *varoittava*.⁹⁵ Ellei työnantajien oleteta toimivan perustuslaillisina poliiseina, joilla on myönteinen velvollisuus selvittää ja aktiivisesti riitauttaa kansallista lainsäädäntöä, joka saattaa niiden mukaan olla ristiriidassa perusoikeuskirjan määräysten kanssa, tämä varoittavuuteen tai pelotevaikutukseen liittyvä peruste menettää merkityksensä. Vai onko se työnantajan vika, ettei se riitauttanut kansallisen lainsäädännön yhteensopivuutta perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan ja direktiivin 2000/78 kanssa? Käytännössä työnantajan pitäisi siten ennakoita jotain sellaista, joka tulisi esille vasta sellaisen useita vuosia kestäneen, jäsenvaltion ylimmässä tuomioistuimessa käydyn oikeudenkäynnin jälkeen, jossa unionin tuomioistuimen suuri jaosto ja monet muut oppineet asianajat ja tuomarit ovat esittäneet näkemyksensä useissa eri vaiheissa.

181. Kolmanneksi en myöskään näe, mitä hyötyä työnantaja olisi saanut siitä, että se joutuu maksamaan tietyille työntekijöilleen kaksinkertaisen palkan tai myöntämään heille palkallisen vapaapäivän pitkäperjantaina. Ellei – hyvin kiistellyn tulkinnan perusteella – sitä, ettei työnantajan tarvitse maksaa 98 prosentille työntekijöistä samaa palkkaa tai korvausta, pidetä työnantajien saamana lainvastaisena ”hyötynä”, työnantajalle asetetaan nähdäkseni ainoastaan rasitteita.

182. Neljäs peruste koskee suhteellista *heikkoutta*. Kolmesta muusta perusteesta poiketen tässä on ainakin jotain perää. Sen voitaisiin jopa katsoa syrjäyttävän kaikki muut näkökohdat: työsuhteeseen erottamattomasti kuuluvan eriarvoisuuden vuoksi työnantaja on aina se, jonka on vastattava kustannuksista, olipa tilanne mikä tahansa.

183. Tässä perusteessa piilee riskien ja kustannusten jakautumisen osalta tehtävä erittäin *ideologinen* valinta.⁹⁶ Voidaan lisäksi kenties lähteä siitä, etteivät kaikki työnantajat Itävallassa tai muissa jäsenvaltioissa ole kuuluisia kasvottomia monikansallisia yrityksiä. Monet yritykset ovat yhden henkilön yrityksiä, tai niiden toiminnasta vastaa pieni määrä henkilöitä. Miksi heidän olisi maksettava virheellisen kansallisen lainsäädännön soveltamisesta aiheutuvat kustannukset?

184. On kuitenkin totta, ettei tällaisilla seikoilla ole merkitystä, kun työnantajaa vaadittaisiin vastaamaan kustannuksista pohjimmiltaan vain siksi, että se on työnantaja. Tämä on itsestään selvä peruste, mutta myös sellainen, jota ei mielestäni kannata noudattaa harkitsemattomasti.

94 Esimerkiksi 8.11.1990 annetussa tuomiossa Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383) kantajan työhakemus hylättiin, koska hän oli kolmannella kuulla raskaana. Hänen onnellinen tilansa luokiteltiin kuitenkin kansallisessa lainsäädännössä ”sairaudeksi”. Koska mahdollinen työnantaja oli täysin tietoinen hänen ”sairaudestaan”, jos työnantaja olisi ottanut kantajan työhön, sen olisi pitänyt maksaa hänen äitiysloman aikainen palkkansa saamatta avustusta valtiolta, mitä työnantaja ei halunnut tehdä. Kansalliseen lainsäädäntöön oli siten kirjattu (merkittävä) taloudellinen kannustin olla ottamatta raskaana olevia naisia työhön. Oli kuitenkin myös selvää, että työnantaja teki viime kädessä päätöksen siitä, soveltaako se tätä syrjivää kansallista lainsäädäntöä yksittäistapauksessa ja jos, niin miten.

95 Tuomio 10.4.1984, von Colson ja Kamann (14/83, EU:C:1984:153). Siinä tapauksessa, että unionin tuomioistuimen näkemyksen mukaan unionin oikeudessa edellytetään, että kansallisen lainsäädännön nojalla voidaan nostaa vahingonkorvauskanne yksityisiä oikeussubjekteja vastaan unionin oikeuden rikkomisesta, se on vaatinut, että tällaisella oikeussuojakeinolla on pyrittävä vahingon korvaamiseen ja *varoittavuuteen*. Ks. tuomio 20.9.2001, Courage ja Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, 27 kohta).

96 Ei voida olettaa, että mitkään, kaikki tai edes useimmat työnantajat nostavat menestyksekkäästi vahingonkorvauskanteen valtiota vastaan. Siten on reilua myöntää, että valinta siitä, kuka on vastaajana nyt tarkasteltavan kaltaisessa tapauksessa, tarkoittaa todellisuudessa päätöstä siitä, kuka vastaa kustannuksista.

185. Kun edellä esitettyjä perusteita tarkastellaan yhdessä, unionin oikeudessa ei nähdäkseen *edellytetä*, että käsiteltävän kaltaisissa asioissa on käytettävissä oikeussuojakeino työnantajaa vastaan, jos työnantaja on toiminut kansallisen lainsäädännön mukaisesti mutta tämän lainsäädännön katsotaan olevan ristiriidassa perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan (luettuna yhdessä direktiivin 2000/78) kanssa. Selvennettäköön, että tämä päätelmä pätee *yksityisten* oikeussubjektien välisiin riita-asioihin muttei sellaisiin, joissa vastaajana on valtio (työnantajana). Unionin oikeus ei kuitenkaan ole *esteenä* oikeussuojakeinolle myös *yksityisiä* työnantajia vastaan, jos tällaisista oikeussuojakeinoista säädetään kansallisessa lainsäädännössä.

ii) Vahingonkorvauskanne valtiota vastaan

186. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tunnustetaan alun perin *lainsäätäjistä* (kuten käsiteltävässä asiassa) lähtöisin olevan ja *työnantajasta* johtuvan syrjinnän välinen ero.⁹⁷ Tältä osin innoittajana toimivat komission asiassa Dekker esittämät vakuuttavat perustelut:⁹⁸ ”Tässä tilanteessa on järkevää pohtia, voidaanko työnantajan oikeutetusti odottaa joko jättävän syrjivän kansallisen lainsäädännön kokonaan huomiotta vai riitauttavan sen yhteensopimattomana direktiivin tai [asiassa Dekker kyseessä olleen] miesten ja naisten tasavertaista kohtelua koskevan lainsäädännön kanssa tuomioistuimissa. Tällaisen oikeudenkäynnin lopputulos oli kuitenkin enimmäkseen epävarma; joka tapauksessa tämäntyyppinen vaatimus merkitsisi sitä, että työnantajalle asetetaan velvoite, josta valtion olisi vastattava.”

187. On myös muita syitä, miksi ei olisi asianmukaista edellyttää unionin oikeudessa tällaisissa tilanteissa oikeussuojakeinoa yksityistä työnantajaa vastaan ja miksi tehokas oikeussuoja olisi käytännössä taattava valtiota vastaan nostettavan vahingonkorvauskanteen muodossa. Useimmat niistä heijastavat edellisessä jaksossa jo tarkasteltuja perusteita.

188. Ensimmäinen koskee sitä yksinkertaista moraalista perustetta, jota tarkasteltiin jo edellisessä jaksossa alkuperän ja syyn yhteydessä. Syrjinnästä vastuussa oleva ensisijainen toimija on valtio. Kaikkien muiden tekijöiden ollessa samat on epäselvää, miksi työnantajien olisi ensisijaisesti vastattava tähän syyhyn liittyvistä kustannuksista.

189. Moraalinen peruste on linjassa rakenteellisen perusteen kanssa. Jos unionin oikeuden vastaista kansallista säännöstä jätetään soveltamatta ensisijaisuuden periaatteen ja abstraktin yhteensopivuuden arvioinnin seurauksena, sekä syy että siitä aiheutuva lain aukko johtuvat selkeästi jäsenvaltiosta.

190. Toiseksi yksittäisten työnantajien asettaminen vastuuseen ei ensinnäkään toimi niille pelotteena⁹⁹ ja voi jopa heikentää varoittavaa vaikutusta aidosti vastuussa olevaan tahoon eli valtioon nähden. Lainsäädäntömuutos edellyttää paineen kohdistumista valtioon.

191. Kolmanneksi on niin, että jos työntekijät voivat saada oikeutta nostamalla kanteen työnantajaansa vastaan lainsäädännön soveltamisesta ja työnantajat puolestaan nostavat kanteen valtiota vastaan, oikeudenkäynti käydään kahteen kertaan. Kun vahinkoa kärsinyt osapuoli siten kääntyy suoraan sen osapuolen, jonka syytä vahinko on, eikä välikätenä olevan tahon, jota ei voida syyttää vahingosta, puoleen, välttään kokonaan yhdeltä oikeudenkäynniltä.

⁹⁷ Edellä 50–52 kohta.

⁹⁸ Sellaisena kuin se on esitetty tiivistetyksi suullista käsittelyä varten laaditussa kertomuksessa. Ks. Ward, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. painos, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 57.

⁹⁹ Edellä 180 kohta.

192. Neljänneksi on niin, että kun kyse on yksityisten oikeussubjektien välisestä riita-asiasta, jossa kansallista lainsäädäntöä ei voida tulkita direktiivin mukaisesti, unionin tuomioistuin on johdonmukaisesti torjunut sen, että yksityinen oikeussubjekti voisi vedota direktiiviin suoraan toista yksityistä oikeussubjektia vastaan. Oikeussuojakeinon on oltava käytettävissä, mutta sen muodostaa vahingonkorvauskanne valtiota vastaan.¹⁰⁰ On epäselvää, miksi näin ei lähtökohtaisesti pitäisi olla silloin, kun vedotaan samanaikaisesti perusoikeuskirjan määräyksiin. Tällä tavoin (horisontaalisia) yksityisoikeudellisia suhteita koskevien oikeussuojakeinojen rakenteen olisi oltava johdonmukainen, kun vedotaan unionin oikeuslähteisiin, joilla ei ole horisontaalista välitöntä oikeusvaikutusta.

193. Viidenneksi ja viimeiseksi tässä ratkaisuehdotuksessa ehdottamaani oikeussuojakeinoja koskevaa lähestymistapaa puoltaa toinenkin yleiseen johdonmukaisuuteen liittyvä tekijä. Se liittyy jälleen vertailukehykseen. Olen ehdottanut, että tapauksissa, joissa yhteensopivuutta arvioidaan abstraktisti, vertailukehyksen muodostaa yksi ryhmistä.¹⁰¹ Tämä on täysin linjassa sen kanssa, että erilainen kohtelu johtuu kansallisesta lainsäädännöstä eikä työnantajan päätöksestä. Tästä syystä työnantajan (Cresco Investigation) muiden työntekijöiden henkilöllisyys ei ollut ratkaiseva, kuten ei sekään, kohdeltiinko kantajaa eri tavalla heihin verrattuna.

194. Tämä kysymys olisi kuitenkin hyvin tärkeä – ja sen yhteydessä olisi käytävä kokonaan uudelleen keskustelu vertailukelpoisuudesta –, jos kantajan olisi esitettävä työnantajaa vastaan väite, jonka mukaan työnantaja syrji häntä.¹⁰² Jos oletetaan, ettei tämän yksittäisen työnantajan henkilöstöön kuulu yhtään kyseisten neljän kirkon jäsentä,¹⁰³ looginen puolustus olisi luonnollisestikin se, ettei työnantaja syrjinyt ketään, koska se kohteli kaikkia työntekijöitään täysin samalla tavalla. Miten tällaisen työnantajan voitaisiin sitten katsoa olevan vastuussa syrjinnästä, jota sen oli aivan mahdotonta edes harjoittaa?

195. Kaksi viimeksi mainittua seikkaa korostavat jälleen unionin tuomioistuimen valitseman lähestymistavan – onpa se sitten mikä tahansa – loogisen johdonmukaisuuden tarpeellisuutta, nimittäin kahdella tasolla: ensinnäkin käsiteltävässä asiassa (arvioinnin tyyppi liittyy vertailukelpoisuutta koskevaan kehykseen, joka puolestaan vaikuttaa oikeussuojakeinoihin) ja toiseksi horisontaalisesti niiden oikeussuojakeinojen osalta, joita on käytettävissä tapauksissa, joissa rikotaan tiettyjä unionin oikeuslähteitä.

196. Tässä ja edellisissä jaksoissa esitetyistä syistä katson, että yksityiset oikeussubjektit voivat vedota perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaan (yhdessä direktiivin 2000/78 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan kanssa) unionin oikeuden vastaisten kansallisten säännösten soveltamatta jättämiseksi. Unionin oikeudessa ei kuitenkaan edellytetä, että kansallista lainsäädäntöä soveltavien *yksityisten* työnantajien on ensisijaisesti vastattava siitä, ettei valtio pysty takaamaan kyseisen kansallisen lainsäädännön yhdenmukaisuutta perusoikeuskirjan kanssa, aiheutuvista kustannuksista.

4 Neljättä kysymystä koskeva päätelmä

197. Edellä esitetty huomioon ottaen ehdotan, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen neljänten kysymyksen vastataan seuraavasti:

Käsiteltävän asian kaltaisissa olosuhteissa, joissa on kyse yksityisten oikeussubjektien välisestä oikeudenkäynnistä, on niin, että

100 Tuomio 19.11.1991, Francovich ym. (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428, 45 kohta) ja tuomio 15.1.2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, 50 kohta).

101 Edellä 45–54 kohta.

102 Epäilen, että tämä seikka oli osittain syynä vertailukelpoisuutta koskevaan sekaannukseen (edellä 46–48 kohta).

103 Mikä vaikuttaa tilastollisesti melko todennäköiseltä paitsi Cresco Investigationin myös useiden muiden itävaltalaisien työnantajien tapauksessa. Käsiteltävässä asiassa on vahvistettu, että kyseisten neljän kirkon jäsenten osuus Itävallan työvoimasta on n. 2 %.

- niin kauan kuin lainsäätäjät ei luo syrjimätöntä oikeudellista tilannetta, kansallisia säännöksiä, joiden katsotaan olevan perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78 1 artiklan, 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 7 artiklan 1 kohdan kanssa, vastaisia, on jätettävä soveltamatta
- perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdassa, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78 1 artiklan, 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 7 artiklan 1 kohdan kanssa, ei voida itsessään asettaa velvollisuuksia työnantajalle
- osapuoli, jolle on aiheutunut vahinkoa tällaisesta kansallisen lainsäädännön soveltamisesta, voi kuitenkin vedota 19.11.1991 annettuun tuomioon Francovich ym. (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428) saadakseen tarvittaessa korvausta aiheutuneesta vahingosta.

V Ratkaisuehdotus

198. Ehdotan näin ollen, että unionin tuomioistuin vastaa Oberster Gerichtshofin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

- 1) Perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohtaa, luettuna yhdessä yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista 27.11.2000 annetun neuvoston direktiivin 2000/78/EY 1 artiklan ja 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan kanssa, on tulkittava siten, että ne ovat esteenä sellaiselle kansalliselle säännöstölle, jonka mukaan vain Augsburgin ja Helvetian tunnustusten mukaisten evankelisten kirkkojen jäsenille, vanhakatolisen kirkon ja evankelis-metodistisen kirkon jäsenille pitkäperjantai on vapaapäivä vähintään 24 tunnin keskeytymättömällä lepoajalla, ja jos johonkin näistä kirkoista kuuluva työntekijä työskentelee vapaapäivästä huolimatta, tällä on myös vapaapäivän vuoksi tekemättä jääneestä työsuorituksesta maksettavan korvauksen lisäksi oikeus suoritetun työn perusteella maksettavaan palkkaan, mutta muilla työntekijöillä, jotka eivät ole mainittujen kirkkojen jäseniä, tätä oikeutta ei ole.
- 2) Käsiteltävän asian kaltaisissa olosuhteissa kansallinen säännöstö, jolla myönnetään ensimmäisessä kysymyksessä tarkoitetun kaltainen korvaus ainoastaan sellaisille tiettyjen kirkkojen jäsenille, jotka työskentelevät pitkäperjantaina, ei ole toimenpide, joka on demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätön muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi direktiivissä 2000/78 tarkoitetulla tavalla.
- 3) Kansallinen säännöstö, jossa myönnetään ensimmäisessä kysymyksessä tarkoitetun kaltainen korvaus, ei ole direktiivin 2000/78 7 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu positiivinen erityistoimenpide.
- 4) Käsiteltävän asian kaltaisissa olosuhteissa, joissa on kyse yksityisten oikeussubjektien välisestä oikeudenkäynnistä, on niin, että
 - niin kauan kuin lainsäätäjät ei luo syrjimätöntä oikeudellista tilannetta, kansallisia säännöksiä, joiden katsotaan olevan perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdan, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78 1 artiklan, 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 7 artiklan 1 kohdan kanssa, vastaisia, on jätettävä soveltamatta
 - perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdassa, luettuna yhdessä direktiivin 2000/78 1 artiklan, 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan ja 7 artiklan 1 kohdan kanssa, ei voida itsessään asettaa velvollisuuksia työnantajalle
 - osapuoli, jolle on aiheutunut vahinkoa tällaisesta kansallisen lainsäädännön soveltamisesta, voi kuitenkin vedota 19.11.1991 annettuun tuomioon Francovich ym. (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428) saadakseen tarvittaessa korvausta aiheutuneesta vahingosta.