



Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO
MICHAL BOBEK IŠVADA,
pateikta 2018 m. liepos 25 d.¹

Byla C-193/17

**Cresco Investigation GmbH
prieš
Markus Achatzi**

(*Oberster Gerichtshof* (Aukščiausiasis Teismas, Austrija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Prašymas priimti prejudicinį sprendimą – Vienodas požiūris užimtumo ir profesinėje srityje – Nacionalinės teisės aktai, pagal kuriuos suteikiamos tam tikros teisės ribotai darbuotojų grupei – Panašumas – Tiesioginė diskriminacija dėl religijos – Pateisinimas – Pozityvus veiksmas – Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos horizontalus taikymas – Pagrindinių teisių chartijos tiesioginis horizontalus veikimas – Darbdavių ir nacionalinių teismų pareigos esant nacionalinės teisės nesuderinamumui su Pagrindinių teisių chartijos 21 straipsnio 1 dalimi ir Direktyvos 2000/78/EB 2 straipsnio 2 dalies a punktu“

I. Įvadas

1. Pagal Austrijos teisę Didysis penktadienis yra (apmokama) švenčių diena tik keturių bažnyčių nariams. Jei šių bažnyčių nariai tą dieną vis dėlto dirba, jie turi teisę gauti dvigubą darbo užmokestį. Markus Achatzi (toliau – ieškovas) dirba įmonėje *Cresco Investigations GmbH* (toliau – atsakovė). Ieškovas nėra nė vienos iš šių keturių bažnyčių narys. Todėl jam 2015 m. Didįjį penktadienį nebuvo suteiktos apmokamos atostogos ir jis negavo dvigubo darbo užmokesčio už tai, kad šią dieną dirbo.

2. Ieškovas pareiškė ieškinį atsakovei, reikalaujamas sumokėti papildomą užmokestį, kurį, kaip jis mano, turi gauti už darbą Didįjį penktadienį; jis tvirtina, kad nacionalinė nuostata jį diskriminuoja dėl religijos ar tikėjimo, kiek tai susiję su darbo sąlygomis ir darbo užmokesčiu. Šiomis aplinkybėmis *Oberster Gerichtshof* (Aukščiausiasis Teismas, Austrija) iš esmės Teisingumo Teismo klausia, ar, atsižvelgiant į Sąjungos teisę, nacionalinės teisės nuostata, kaip antai nagrinėjama pagrindinėje byloje, yra diskriminuojanti, ir, jei taip, kokia būtų tokios išvados pasekmė laikotarpiu, kol nacionalinės teisės aktų leidėjas priimtų naują, nediskriminuojantį teisės aktą: ar visi darbuotojai turėtų naudotis teise į švenčių dieną – Didįjį penktadienį – ir gauti papildomą užmokestį (kuri moka darbdavys), ar jie neturi būti suteikti nė vienam darbuotojui?

¹ Originalo kalba: anglų.

3. Savo klausimuose prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas remiasi „Chartijos 21 straipsniu, siejama su“ Direktyva 2000/78/EB². Chartijos nuostatos ir taikytinos antrinės teisės akto nuostatos, kuria ji įgyvendinama, tam tikras *de facto* turinio panašumas ir lygiagretus taikymas nėra naujas Teisingumo Teismo jurisprudencijoje. Nagrinėjant klausimą dėl nacionalinės teisės nuostatos *abstraktus* suderinamumo su Chartija ir ES direktyva³, klausimas, kas tiksliai taikoma nagrinėjamoje byloje, be abejonės, yra antraeilis. Tačiau šioje byloje Teisingumo Teismo prašoma konkrečiai įvardyti tokio nesuderinamumo pasekmes konkretaus pobūdžio (horizontaliam) teisiniam santykiui, o tam savo ruožtu reikia konkrečiai nurodyti, su kuo tiksliai tokia nacionalinės teisės nuostata galėtų būti nesuderinama, atsižvelgiant būtent į tokio pobūdžio santykį.

II. Teisinis pagrindas

A. Sąjungos teisė

1. Pagrindinių teisių chartija

4. Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos (toliau – Chartija) 21 straipsnio 1 dalyje nustatyta, kad: „[d]raudžiama bet kokia diskriminacija, ypač dėl asmens lyties, rasės, odos spalvos, tautinės ar socialinės kilmės, genetinių bruožų, kalbos, religijos ar tikėjimo, politinių ar kitokių pažiūrų, priklausymo tautinei mažumai, turtinės padėties, gimimo, negalios, amžiaus, seksualinės orientacijos“.

5. Chartijos 52 straipsnio 1 dalyje nurodyta, kad: „[b]et koks šios Chartijos pripažintų teisių ir laisvių įgyvendinimo apribojimas turi būti numatytas įstatymo ir nekeisti šių teisių ir laisvių esmės. Remiantis proporcingumo principu, apribojimai galimi tik tuo atveju, kai jie būtini ir tikrai atitinka Sąjungos pripažintus bendrus interesus arba reikalingi kitų teisėms ir laisvėms apsaugoti“.

2. Direktyva 2000/78

6. Direktyvos 2000/78 1, 2 ir 7 straipsniuose numatyta:

„1 straipsnis

Tikslas

Šios direktyvos tikslas – nustatyti kovos su diskriminacija dėl religijos ar įsitikinimų, negalios, amžiaus ar seksualinės orientacijos užimtumo ir profesinėje srityje bendrus pagrindus siekiant valstybėse narėse įgyvendinti vienodo požiūrio principą.

2 straipsnis

Diskriminacijos sąvoka

1. Šioje direktyvoje „vienodo požiūrio principas“ reiškia, kad dėl kurios nors iš 1 straipsnyje nurodytų priežasčių nėra jokios tiesioginės ar netiesioginės diskriminacijos.

2 2000 m. lapkričio 27 d. Tarybos direktyva, nustatanti vienodo požiūrio užimtumo ir profesinėje srityje bendruosius pagrindus (OL L 303, 2000, p. 16; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 5 sk., 4 t., p. 79).

3 Kiek tai susiję su klausimu, ar nacionalinės teisės nuostata, kurioje nustatytos konkrečios normos, apskritai ir neatsižvelgiant į teisinio santykio, kuriam ji taikoma nacionaliniu lygmeniu, pobūdį, yra suderinama su Sąjungos teise; žr., pvz., neseniai priimtą 2017 m. liepos 19 d. Sprendimą *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566).

2. Šio straipsnio 1 dalyje:

- a) tiesioginė diskriminacija yra akivaizdi tada, kai dėl bet kurios iš 1 straipsnyje nurodytų priežasčių su vienu asmeniu elgiamasi mažiau palankiai nei panašioje situacijoje yra, buvo ar galėjo būti elgiamasi su kitu asmeniu;
- b) netiesioginė diskriminacija yra akivaizdi tada, kai dėl akivaizdžiai neutralių sąlygų, kriterijų ar taikomos praktikos tam tikrą religiją ar įsitikinimus išpažįstantys, tam tikrą negalią turintys, tam tikro amžiaus ar tam tikros seksualinės orientacijos asmenys gali patekti tam tikru atžvilgiu į prastesnę padėtį nei kiti asmenys, nebent:

<...>

5. Ši direktyva nepažeidžia priemonių, numatytų nacionaliniuose teisės aktuose, kurie demokratinėse visuomenėse yra būtini visuomenės saugumui, viešajai tvarkai palaikyti ir kriminalinių nusikaltimų prevencijai, kitų asmenų sveikatos, teisių ir laisvių apsaugai.

<...>

7 straipsnis

Pozityvūs veiksmai

1. Siekiant praktiškai užtikrinti visapusišką lygybę, vienodo požiūrio principas nė vienai valstybei narei nedraudžia toliau taikyti arba imtis konkrečių priemonių, skirtų užkirsti kelią patirti nepatogumus dėl kurios nors iš 1 straipsnyje nurodytų priežasčių arba juos kompensuoti.

<...>“

B. Nacionalinė teisė

7. 1983 m. vasario 3 d. *Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz)* (Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymas), *BGBI*, Nr. 144/1983, su pakeitimais, 7 punkto 2 papunktyje nurodyta 13 nacionalinių švenčių dienų, suteikiamų visiems darbuotojams. 7 punkto 3 papunktyje numatyta, kad Evangelikų liuteronų, Evangelikų reformatų, Senkatalikų ir Metodistų bažnyčių nariams Didysis penktadienis taip pat yra švenčių diena.

8. Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 9 punkte iš esmės numatyta, kad darbuotojas, kuris nedirba švenčių dieną, turi teisę gauti visą darbo užmokestį už šią dieną (9 punkto 1 papunktis), o jeigu dirba, jam sumokamas dvigubas darbo užmokestis (9 punkto 5 papunktis).

III. Faktinės aplinkybės, procesas ir prejudiciniai klausimai

9. Asmenims, kurie dirba bet kurią iš 13 apmokamų švenčių dienų Austrijoje, be įprasto darbo užmokesčio mokamas to paties dydžio papildomas darbo užmokestis už mokamas atostogas (toliau – kompensacija), t. y. iš esmės sumokamas dvigubas darbo užmokestis, jeigu jis dirba vieną iš šių dienų. Tačiau kadangi Didysis penktadienis yra apmokama švenčių diena tik keturių bažnyčių nariams, tik šie nariai turi teisę į apmokamas švenčių dienas Didįjį penktadienį arba teisę be įprasto darbo užmokesčio gauti kompensaciją, jei pasirenka tą dieną dirbti.

10. Ieškovas dirba pas atsakovę. Jis nepriklauso nė vienai iš keturių bažnyčių. Todėl jam nebuvo suteiktos apmokamos atostogos švenčių dieną ir jis negavo kompensacijos iš atsakovės už tai, kad Didįjį penktadienį, 2015 m. balandžio 3 d., dirbo.

11. Ieškovas ieškinyje reikalavo iš viso sumokėti 109,09 EUR bruto sumą ir palūkanas. Įstatymo nuostata, pagal kurią Didysis penktadienis švenčių diena pripažintas tik keturių bažnyčių nariams ir jiems mokama kompensacija už darbą šią dieną, nulemia diskriminaciją dėl religijos ar tikėjimo, kiek tai susiję su darbo sąlygomis ir darbo užmokesčiu.

12. Atsakovė su šiuo teiginiu nesutiko ir reikalavo ieškinį atmesti, taip pat priteisti bylinėjimosi išlaidas. Jos manymu, tai nėra diskriminacija.

13. Pirmosios instancijos teismas atmėtė ieškinyje pateiktą reikalavimą, remdamasis tuo, kad nuostata dėl Didžiojo penktadienio yra objektyviai pateisinamas skirtingas požiūris, kai situacijos nėra panašios.

14. Apeliacinės instancijos teismas tenkino ieškovo apeliacinį skundą ir pakeitė nurodytą sprendimą – tenkino ieškovo reikalavimą. Teismas rėmėsi prielaida, kad nacionalinės teisės nuostatos, kurios įtvirtina skirtingą požiūrį į darbuotojus dėl Didžiojo penktadienio, pažeidžia Chartijos 21 straipsnį, kuris taikytinas tiesiogiai. Jo manymu, yra tiesioginė atitinkamų darbuotojų diskriminacija dėl religijos ir ji nėra pateisinama. Švenčių diena Didįjį penktadienį neturėtų būti suteikiama tik tam tikroms grupėms darbuotojų, todėl ieškovas, kuris Didįjį penktadienį, 2015 m. balandžio 3 d., dirbo, taip pat turi teisę į kompensaciją.

15. *Oberster Gerichtshof* (Aukščiausiasis Teismas) turi priimti sprendimą dėl atsakovės kasacinio skundo, kurį ji padavė dėl apeliacinės instancijos teismo sprendimo ir prašė patvirtinti pirmosios instancijos teismo sprendimą, kuriuo ieškinys buvo atmetas. Šis teismas nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir kreiptis į Teisingumo Teismą dėl prejudicinio sprendimo priėmimo, pateikdamas šiuos klausimus:

- „1. Ar Sąjungos teisė, visų pirma Pagrindinių teisių chartijos 21 straipsnis, siejamas su Direktyvos 2000/78/EB 1 straipsniu ir 2 straipsnio 2 dalies a punktu, turi būti aiškinama taip, kad pagal ją esant darbuotojo ir darbdavio, kuriuos sieja privatūs darbo santykiai, ginčui draudžiama nacionalinės teisės nuostata, pagal kurią tik Evangelikų liuteronų, Evangelikų reformatų, Senkatalikų ir Metodistų bažnyčių nariams Didysis penktadienis taip pat yra švenčių diena, kai suteikiamas ne trumpesnis kaip 24 valandų nepertraukiamas poilsio laikas, o tuo atveju, kai, nepaisant šią švenčių dieną suteikiamo poilsio, darbuotojas [priklausantis vienai iš šių bažnyčių] dirba, be teisės į darbo užmokestį už darbą, kurio nereikalaujama atlikti švenčių dieną, jis turi teisę ir į darbo užmokestį už faktiškai atliktą darbą, o kiti, šioms bažnyčioms nepriklausantys darbuotojai, tokių teisių neturi?
2. Ar Sąjungos teisė, visų pirma Pagrindinių teisių chartijos 21 straipsnis, siejamas su Direktyvos 2000/78/EB 2 straipsnio 5 dalimi, turi būti aiškinama taip, kad pirmajame klausime nurodytai nacionalinės teisės nuostatai, pagal kurią – palyginti su visu gyventojų skaičiumi ir su Romos katalikų bažnyčiai priklausančia dauguma gyventojų – teisės suteikiamos tik sąlyginai mažai tam tikrų (kitų) bažnyčių narių grupei, ši direktyva nedaro poveikio todėl, kad minėta nuostata yra priemonė, kuri demokratinėje visuomenėje būtina kitų asmenų teisėms ir laisvėms, būtent teisei laisvai išpažinti religiją, apsaugoti?
3. Ar Sąjungos teisė, visų pirma Pagrindinių teisių chartijos 21 straipsnis, siejamas su Direktyvos 2000/78/EB 7 straipsnio 1 dalimi, turi būti aiškinama taip, kad pirmajame klausime nurodyta nacionalinės teisės nuostata yra pirmajame klausime nurodytų bažnyčių narių atžvilgiu pozityvi ir konkreti priemonė, skirta jų visapusiškai lygybei profesinėje srityje užtikrinti, siekiant užkirsti kelią šiems nariams patirti nepatogumų dėl religijos arba juos kompensuoti, ir tai daroma

jiems suteikiant tokią pačią teisę išpažinti religiją darbo laiku šiai religijai svarbią švenčių dieną, kuri daugumai darbuotojų suteikiama pagal kitą nacionalinės teisės nuostatą, nes religinių švenčių dienos, susijusios su daugumos darbuotojų išpažįstama religija, apskritai yra nedarbo dienos?

4. Jei būtų patvirtintas diskriminacijos faktas pagal Direktyvos 2000/78/EB 2 straipsnio 2 dalies a punktą:

Ar Sąjungos teisė, visų pirma Pagrindinių teisių chartijos 21 straipsnis, siejamas su Direktyvos 2000/78/EB 1 straipsniu, 2 straipsnio 2 dalies a punktu ir 7 straipsnio 1 dalimi, turi būti aiškinama taip, kad, kol teisės aktų leidėjas neužtikrino nediskriminuojančios teisinės padėties, privataus sektoriaus darbdavys privalo visiems darbuotojams, neatsižvelgdamas į jų išpažįstamą religiją, suteikti pirmajame klausime apibūdintas teises, kiek tai susiję su Didžiuoju penktadieniu, ar pirmajame klausime apibūdinta nacionalinės teisės nuostata apskritai turi būti netaikoma, taigi pirmajame klausime apibūdintos teisės, kurios suteikiamos dėl Didžiojo penktadienio, negali būti suteikiamos jokiam darbuotojui?“

16. Rašytines pastabas pateikė ieškovas ir atsakovė, Austrijos, Italijos ir Lenkijos vyriausybės, taip pat Europos Komisija. Šios suinteresuotosios šalys pateikė savo žodines pastabas 2018 m. balandžio 10 d. vykusiame teismo posėdyje.

IV. Vertinimas

A. Įvadas

17. Manau, kad apmokamos švenčių dienos suteikimas Didijį penktadienį tik keturių bažnyčių nariams su galimybe gauti kompensaciją, jei tą dieną tokie asmenys dirba, yra diskriminacija dėl religijos, kaip tai suprantama pagal Chartijos 21 straipsnio 1 dalį, ir tiesioginė diskriminacija, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2000/78 2 straipsnio 2 dalies a punktą (prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo pirmasis klausimas, nagrinėjamas šios išvados C skirsnyje). Nėra jokio pagrįsto tokios diskriminacijos pateisinimo (antrasis klausimas, D skirsnis). Man atrodo, kad gana sunku vertinti tokį aiškinimą kaip „pozityvų veiksmą“ (trečiasis klausimas, E skirsnis).

18. Mano nuomone, sudėtingiausias klausimas nagrinėjamoje byloje yra toks: kokių (abstraktaus) diskriminacijos pripažinimo remiantis direktyva (kuri neturi tiesioginio horizontalaus poveikio privačių asmenų ginčiuose) ir Chartijos nuostata teisinių padarinių kyla privačių asmenų ginčiuose. Pagal viršenybės principą reikalaujama, kad nacionalinė norma būtų panaikinta. Tačiau ar galima iš šio principo ar Chartijos 21 straipsnio 1 dalies potencialiai tiesioginio horizontalaus veikimo taip pat spręsti, kad (privataus sektoriaus) darbdavys privalo pagal Sąjungos teisę visiems asmenims, kurie dirba Didijį penktadienį, neatsižvelgiant į jų religinius įsitikinimus, be jų įprasto darbo užmokesčio, mokėti kompensaciją? Mano nuomone, ne. Vis dėlto pagal ES teisės aktus reikalaujama, kad darbuotojams būtų numatytos veiksmingos teisių gynimo priemonės, kurios gali apimti galimybę pareikšti ieškinį dėl žalos atlyginimo prieš valstybę narę (ketvirtasis klausimas, F skirsnis).

19. Prieš pradėdamas nagrinėti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo klausimus nurodyta eilės tvarka, išnagrinėsiu jurisdikcijos klausimą, kurį iškėlė Italijos ir Lenkijos vyriausybės dėl SESV 17 straipsnio.

B. Teisingumo Teismo jurisdikcija

20. Savo rašytinėse ir žodinėse pastabose Lenkijos vyriausybė teigė, kad normos dėl švenčių dienos Didįjį penktadienį šiuo atveju yra normos, reglamentuojančios santykius tarp keturių bažnyčių ir Austrijos valstybės. Todėl jos patenka į sąvoką „valstybių narių bažnyčių ir religinių asociacijų ar bendruomenių statusas pagal nacionalinę teisę“, nurodytą SESV 17 straipsnio 1 dalyje. Taigi Teisingumo Teismas neturi jurisdikcijos atsakyti į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo pateiktus klausimus. Per teismo posėdį Italijos vyriausybė pateikė panašių argumentų dėl SESV 17 straipsnio. Ji padarė išvadą, kad Teisingumo Teismas turėtų atsakyti į pateiktus klausimus, patvirtindamas valstybių narių išimtinę kompetenciją nuspręsti dėl švenčių dienos ar kompensacijos tam tikroms religinėms grupėms.

21. Manau, kad šiuos argumentus reikia atmesti.

22. Sprendime *Egenberger* Teisingumo Teismas konstatavo, kad „SESV 17 straipsnyje įtvirtintas Sąjungos neutralitetas valstybės narių santykių su bažnyčiomis ir religinėmis asociacijomis ar bendruomenėmis organizavimo atžvilgiu“⁴. Savo išvadoje toje byloje generalinis advokatas E. Tanchev taip pat pareiškė, kad nešališkumo reikalavimas nereiškia, kad bažnyčios ir valstybės santykiai yra visiškai apsaugoti nuo bet kokios Sąjungos teisių (arba ES teisės aktų apskritai) laikymosi kontrolės „visais atvejais“⁵. Sprendime *Egenberger* Teisingumo Teismas iš tiesų aiškiai patvirtino, kad „[SESV 17 straipsnis] nepanaikina veiksmingos teismo kontrolės dėl Direktyvos 2000/78 4 straipsnio 2 dalyje įtvirtintų kriterijų laikymosi“⁶.

23. Apskritai generalinių advokatų išvadose bylose *Achbita* ir *Egenberger* buvo teigiama, kad SESV 17 straipsniu „papildoma ESS 4 straipsnio 2 dalis ir jai suteikiamas specialus poveikis“. Iš pastarosios nuostatos „negalima daryti išvados, kad tam tikroms dalykinėms arba veiklos sritims Direktyva 2000/78 visai netaikoma“⁷.

24. Panašiai Sprendime *Congregación de Escuelas Pías de Betania*⁸ pažymėta, kad SESV 17 straipsnio 1 dalis nekliudo taikyti ES valstybės pagalbos nuostatų bažnyčių pajamoms. SESV 17 straipsnio 1 dalies klausimas sprendime net nebuvo svarstomas⁹, net jei bylos esmė galėjo būti aiškinama kaip susijusi su finansiniais valstybės ir bažnyčios santykiais arba daranti didelį poveikį bažnyčių finansiniam statusui.

25. Iš šios jurisprudencijos, atrodo, pakankamai aiškiai matyti, kad SESV 17 straipsnio 1 dalis patvirtina Sąjungos teisės neutralumą dėl bažnyčių statuso ir reikalauja jo nepažeisti. Kaip suprantu, Europos Sąjunga teigia esanti visiškai neutrali, iš tiesų agnostiška, valstybių narių bažnyčių tvarkos siaurąja prasme atžvilgiu: pavyzdžiui, jei pati valstybė narė teigia esanti visiškai neutrali religijų atžvilgiu arba turi valstybinę bažnyčią. Toks neutralumo deklaravimas yra svarbus *principo nustatymas*. Be šio siauresnio aiškinimo, jis taip pat gali padėti kaip *aiškinimo priemonė*, taikoma įvairiose srityse, kaip iš tikrųjų yra kalbant apie kitas vertybes ir interesus, įtvirtintus SESV Pirmos dalies II antraštinėje dalyje (dėl to pavadintoje „Bendrai taikomos nuostatos“) kitose Sąjungos teisės srityse: kadangi visi kiti veiksniai yra vienodi, turi būti atiduodama pirmenybė tokiam Sąjungos teisės aiškinimui, kad didžiausia reikšmė būtų teikiama vertybėms ar interesams, atspindėtiems šiose nuostatose.

4 2018 m. balandžio 17 d. sprendimas (C-414/16, EU:C:2018:257, 58 punktas).

5 Generalinio advokato E. Tanchev išvada byloje *Egenberger* (C-414/16, EU:C:2017:851, 93 punktas; taip pat žr. 88 punktą).

6 2018 m. balandžio 17 d. sprendimas (C-414/16, EU:C:2018:257, 58 punktas).

7 Generalinės advokatės J. Kokott išvada byloje *G4S Secure Solutions* (C-157/15, EU:C:2016:382, 32 punktas); generalinio advokato E. Tanchev išvada byloje *Egenberger* (C-414/16, EU:C:2017:851, 95 punktas).

8 2017 m. birželio 27 d. sprendimas (C-74/16, EU:C:2017:496).

9 Žr. generalinės advokatės J. Kokott išvadą toje byloje (C-74/16, EU:C:2017:135, 29–33 punktai).

26. Vis dėlto, neatsižvelgiant į šias dvi dimensijas, SESV 17 straipsnio 1 dalis, mano manymu, negali būti suprantama taip, kad *bet kokios* nacionalinės nuostatos, susijusios su valstybės santykiais su bažnyčia ar jos statusu, paprasčiausiai nepatenka į Sąjungos teisės taikymo sritį. Lygiai taip pat, kaip atleidimui nuo mokesčių negalima netaikyti Sąjungos teisės nuostatų valstybės pagalbos srityje tik dėl to, kad tai susiję su bažnyčia, arba vynu irgi negalima netaikyti Sutarties nuostatų dėl laisvo prekių judėjimo tik dėl to, kad jis yra sakramentinis gėrimas, kuris bus naudojamas liturginiais tikslais. Paprastai žodžių junginys „gerbia statusą“ negali būti suprantamas kaip „bendroji išimtis“, taikoma bet kokiam klausimui, susijusiam su bažnyčia ar religine bendruomene.

27. Taigi nesuprantu, kodėl nuostatai, įpareigojančiai visus darbdavius (neatsižvelgiant į jų tikėjimą ar jo nebuvimą) suteikti apmokamas švenčių dienas darbuotojams, kurie yra keturių bažnyčių nariai (arba kompensaciją nariams, kurie dirba tą dieną), remiantis SESV 17 straipsnio 1 dalimi, neturėtų būti taikoma jokia kontrolė atsižvelgiant į Chartiją arba Direktyvą 2000/78.

28. Toks SESV 17 straipsnio 1 dalies aiškinimas juo labiau grindžiamas aplinkybe, kad SESV 17 straipsnio 2 dalyje taikoma analogiška neutralumo garantija dėl filosofinių ir nereliginių organizacijų statuso. Kadangi Europos Sąjunga SESV 17 straipsnio 2 dalyje įsipareigoja „vienodai gerbti“ tokių organizacijų statusą, bet kokia „išimtis“, hipotetiškai suteikiama bažnyčioms ir religinėms asociacijoms ar bendruomenėms, iš karto taptų taikytina filosofinėms organizacijoms (iš esmės neapibrėžtomis ir patenkančioms į valstybių narių teisės taikymo sritį). Taigi 17 straipsnio 2 dalis tik dar labiau pabrėžia tai, kad aiškiai nebuvo siekiama pašalinti visų tiesioginių ar netiesioginių valstybių narių ir tokių organizacijų santykių iš Europos Sąjungos teisės taikymo srities.

29. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui atmesti Italijos ir Lenkijos vyriausybės argumentus, kad šis teismas nėra kompetentingas atsakyti į prejudicinius klausimus, arba kad bylos dalykas nepriklauso Europos Sąjungos teismų jurisdikcijai.

C. Pirmasis klausimas

30. Pirmuoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia išsiaiškinti, ar pagal Chartijos 21 straipsnio 1 dalį ir Direktyvos 2000/78 2 straipsnio 2 dalies a punktą draudžiama tokia nacionalinės teisės nuostata, pagal kurią tik keturių bažnyčių nariams suteikiama apmokama švenčių diena Didįjį penktadienį ir kompensacija, jei narys tą dieną dirba.

31. Manau, kad tokia nuostata lemia diskriminaciją, kaip tai suprantama pagal šias nuostatas.

32. Apskritai, tiesioginė diskriminacija yra tada, kai su vienu asmeniu (i) elgiamasi mažiau palankiai (ii) nei panašioje situacijoje elgiamasi su kitu asmeniu (iii) dėl vieno iš saugomų pagrindų (šiuo atveju religija) (iv), be jokio galimo tokio skirtingo požiūrio objektyvaus pateisinimo¹⁰.

33. Klausimas dėl galimo pagrindimo pagal (iv) yra prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo antrojo klausimo dalykas (D skirsnis).

10 Žr., pavyzdžiui, 2017 m. liepos 5 d. priimtą Sprendimą *Fries* (C-190/16, EU:C:2017:513, 29–31 punktai) ir 2013 m. gruodžio 12 d. Sprendimą *Hay* (C-267/12, EU:C:2013:823, 31 punktas); skirtumas tik tas, kad Chartijos taikymo atveju toks pateisinimas turi atitikti Chartijos 52 straipsnio 1 dalį, o Direktyvos 2000/78 taikymo atveju – jos 2 straipsnio 5 dalį.

34. Kiek tai susiję su (i) ir (iii), mano manymu, akivaizdu, kad šiuo atveju yra mažiau palankus požiūris dėl religijos. Toks mažiau palankus požiūris taikomas darbuotojams, kurie nėra keturių bažnyčių nariai ir gauna įprastą arba „vieną“ užmokestį už darbą Didįjį penktadienį, palyginti su keturių bažnyčių nariais, kurie iš tikrųjų gauna dvigubą darbo užmokestį. Nors nagrinėjamu atveju ieškovas tuo nesirėmė, atsisakymas suteikti mokamas atostogas Didįjį penktadienį asmeniui, kuris nėra keturių bažnyčių narys, taip pat yra mažiau palankus požiūris dėl religijos¹¹.

35. Diskriminacijos analizės paskutinis aspektas, t. y. panašumas, yra sudėtingesnis klausimas šioje byloje. Tam reikia dviejų paaiškinimų. Pirmiausia, kas yra lyginama: pavieniai asmenys ar asmenų grupės (2)? Antra, kokie palyginimo kriterijai taikomi? Kaip abstrakčiai turi būti lyginama (3)?

36. Prieš pradėdant nagrinėti šiuos klausimus iš esmės, pirma reikia pateikti kelis patikslinimus dėl analizės parametrų (1).

1. Analizės parametrai: kontrolės rūšis, taikytina teisė ir tikslus atitinkamų išmokų pobūdis

37. Pirmiausia, pirmasis ir ketvirtasis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo klausimai turi du aspektus. Pirmasis aspektas susijęs su *abstrakčiu* suderinamumo vertinimu; prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas prašo išanalizuoti, ar nacionalinės teisės nuostata suderinama su Chartijos 21 straipsnio 1 dalimi, siejama su Direktyvos 2000/78 2 straipsnio 2 dalies a punktu. Antrasis aspektas, apie kurį prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas tik užsimena pirmajame klausime ir aiškiai nurodo ketvirtajame klausime, yra tas, kad pagrindinė byla susijusi su privačių asmenų ginču. Taigi, kokia galėtų būti reali valstybės narės teisės nuostatų, kaip nurodytos nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, galimo nesuderinamumo su ES teise pripažinimo pasekmė tokio pobūdžio santykiams?

38. Šioje išvadoje šiuos du aspektus svarstysiu atskirai. Tai, kad jie iš tiesų yra persipynę, kelia gana nemažai painiavos šioje byloje tiek dėl teisių gynimo priemonių, tiek aptariant panašumą. Todėl mano siūlomas atsakymas į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo pirmąjį klausimą, pateiktas šiame skirsnyje, yra bendro pobūdžio, susijęs tik su (abstrakčia) nuostatų suderinamumo kontrole. Kokios galimos šios išvados pasekmės konkrečiu atveju, aptariama nagrinėjant ketvirtąjį klausimą (F skirsnis).

39. Antra, su šiuo klausimu susijęs taikytinos teisės klausimas. Atsakydamas į klausimą, ar nacionalinės teisės nuostata yra draudžiama pagal Chartijos 21 straipsnio 1 dalį ir Direktyvos 2000/78 2 straipsnio 2 dalies a punktą, Teisingumo Teismas anksčiau buvo įvertinęs materialinių normų suderinamumą su minėta direktyvos nuostata ir tokią pačią analizę veiksmingai pritaikė aiškindamas Chartijos 21 straipsnio 1 dalį¹². Iš tiesų nagrinėjant klausimą dėl abstrakčios suderinamumo kontrolės, abu Sąjungos teisės šaltiniai yra aiškiai taikomi¹³. Dėl šių priežasčių į juos abu bus atsižvelgta atsakant į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo pirmąjį, antrąjį ir trečiąjį klausimus. Tačiau sudėtingiau bus atsakyti į ketvirtąjį klausimą.

40. Trečia, diskriminacijos analizė turi būti atliekama „atsižvelgiant į atitinkamą išmoką“¹⁴. Šioje byloje įvairios „išmokos“ yra suteikiamos keturių bažnyčių nariams (ir nesuteikiamos tiems, kurie nepriklauso šiai grupei): a) apmokama švenčių diena; ir b) kompensacija, jei narys dirba tą dieną.

11 Dviejų išmokų skirtumą nagrinėsiu šios išvados 40–44 ir 82–86 punktuose.

12 Pvz., neseniai priimtas 2017 m. liepos 19 d. Sprendimas *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, 16–18 ir 47 punktas).

13 Išsamiau žr. mano išvadą byloje *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:235, 20–36 punktai).

14 2017 m. liepos 19 d. Sprendimas *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, 25 punktas). Taip pat žr. 2015 m. spalio 1 d. Sprendimą *O* (C-432/14, EU:C:2015:643, 32 punktas).

41. Manau, kad siekiant priimti sprendimą šioje byloje reikia tik konkrečiai išnagrinėti tariamai diskriminuojamąjį kompensacijos pobūdį. Iš tiesų, kaip matyti iš nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nurodytų faktinių aplinkybių, pagrindinėje byloje nacionaliniuose teismuose ieškovas *nepateikė reikalavimo dėl apmokamos švenčių dienos Didįjį penktadienį*. Jis reikalauja *kompensacijos* už tai, kad tą dieną dirbo.

42. Taigi skundžiamas mažiau palankus požiūris¹⁵, dėl kurio turi būti atliekama diskriminacijos analizė, susijęs būtent su kompensacijos nemokėjimu. Taip suprantu ir prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo pirmąjį klausimą, kuriame konkrečiai nurodomi Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 7 punkto 3 papunktis ir 9 punkto 5 papunktis (reglamentuojantys dvigubo darbo užmokesčio mokėjimą tiems darbuotojams, kurie dirba švenčių dieną), o ne Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 7 punkto 3 papunktis ir 9 punkto 1 papunktis (reglamentuojantys teisę į darbo užmokestį nedirbant švenčių dienomis).

43. Visiškai suprantu, kad visos šios nuostatos nacionalinėje teisėje yra susijusios. Jeigu diena paskelbiama valstybine švente pagal nacionalinės teisės aktus, taikytinos visos šventės reglamentuojančios nuostatos, įskaitant teisę gauti darbo užmokestį už tą dieną, net jeigu nedirbama, ir teisę gauti dvigubą darbo užmokestį, jeigu tą dieną dirbama (kompensacija). Tačiau būtent tai ir yra problema: jei tam tikros išmokos ar teisės į išmokas nacionalinėje teisėje reglamentuojamos kartu, vėliau tampa gana sudėtinga jas atskirti ir neatsižvelgti į visas jų taikymo pasekmes pagal nacionalinę teisę.

44. Siekdamas išsamumo, šio skirsnio pabaigoje vis dėlto dar kartą aptarsiu apmokamos švenčių dienos klausimą¹⁶.

2. Ką lyginti: asmenis ar grupes?

45. Ieškovas, atsakovė, Austrijos vyriausybė ir Komisija siūlė palyginti tas pačias grupes, t. y. i) keturių bažnyčių narius; ir ii) ieškovą, kuris *nepriklauso nė vienai iš keturių bažnyčių*.

46. Vis dėlto, nepaisant šio bendro siūlymo, ėmė aiškėti skirtumai. Visų pirma buvo pareikšta skirtingų nuomonių, ar lyginant reikia konkretų ieškovą vertinti kaip pavienį asmenį, ar kaip grupės atstovą.

47. Savo rašytinėse pastabose Komisija visų pirma lygina ieškovą su keturių bažnyčių nariais. Paskui ji lygina hipotetines kitų darbuotojų grupes Austrijoje su keturių bažnyčių nariais, teigdama, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar nacionalinės teisės aktai lemia diskriminaciją tokiais atvejais. Kitos šalys taip pat išplėtė palyginimą, neapsiribodamos tik ieškovu. Pavyzdžiui, atsakovė lygina keturių bažnyčių narius su „dauguma“ darbuotojų, kurie gali išpažinti savo religiją (jei turi) per jau suteiktas šventes.

48. Komisija taip pat laikėsi nuomonės, kad apmokamos švenčių dienos suteikimas keturių bažnyčių nariams *neriške* ieškovo, kuris, kaip mano Komisija, buvo ateistas, diskriminacijos. Išskyrus pareiškimą, kad jis nebuvo jokios iš keturių bažnyčių narys, ieškovo įsitikinimai iš tiesų nebuvo aiškiai nurodyti Teisingumo Teismui.

¹⁵ Atsižvelgiant į (i) dėl diskriminacijos analizės, kaip nurodyta šios išvados 32 punkte.

¹⁶ Šios išvados 82–86 punktai.

49. Komisijos svarstymai atskleidžia įdomų aspektą. Komisija nutolsta nuo nacionalinių priemonių, aprašytų nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, suderinamumo su Sąjungos teise kontrolės ir nagrinėja konkretų ieškovo atvejį. Tai padeda pagrįsti pirma pateiktą nuomonę¹⁷: diskriminuojančios priemonės, draudžiamos pagal Sąjungos teisę, buvimo klausimą (prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo pirmojo klausimo dalykas ir bendros, abstrakčios suderinamumo kontrolės klausimas) šiuo atveju geriau nagrinėti atskirai nuo tokios teisės aktuose įtvirtintos diskriminacijos pasekmių konkrečiam atvejui (ketvirtojo klausimo dalykas)¹⁸.

50. Ši logika sistemingai matyti tais atvejais, kai Teisingumo Teismo buvo prašoma įvertinti teisės aktuose įtvirtintos diskriminacijos atvejus. Jurisprudencijoje daromas skirtumas tarp „diskriminacijos, tiesiogiai kylančios iš teisės aktų nuostatų arba kolektyvinių darbo sutarčių“ ir darbdavio vykdomos diskriminacijos „toje pačioje įmonėje“, kitaip tariant, *teisės aktų* ir *darbdavio* nulemtos diskriminacijos¹⁹.

51. Nagrinėjamu atveju tariama diskriminacija kyla iš *teisės aktų* ir Teisingumo Teismo prašoma įvertinti tokių aktų suderinamumą su ES teise. Esant tokiai situacijai, Teisingumo Teismas, atlikdamas palyginimą, kaip analizės atskaitos tašką faktiškai naudoja teisės aktuose apibrėžtas grupes. Tai, kad atskiras ieškovas yra tokios grupės narys, be abejo, yra svarbu nustatant vieną iš šių grupių, kuri bus lyginama. Kiekvieno ieškovo individuali situacija taip pat gali parodyti bendrųjų nuostatų, vertinamų kiekvienu atskiru atveju, veiksmingą taikymą. Vis dėlto aišku tai, kad teisės aktuose įtvirtintos diskriminacijos atveju atliekant abstrakčią kontrolę lyginamos asmenų grupės, o ne atskiri asmenys, taigi jos yra lyginamosios analizės pagrindas.

52. Tai matyti, pavyzdžiui, sprendimuose *Mangold* ir *Kücükdeveci* dėl diskriminacijos dėl amžiaus²⁰. Ieškovai tose bylose teigė, kad buvo diskriminuojami dėl amžiaus. Pagal nacionalinę darbo teisę *jų amžiaus grupės asmenys* gaudavo mažesnę apsaugą nei *kitų amžiaus grupių asmenys*. Darbdaviai taikė šias mažesnės apsaugos nuostatas ieškovams. Teisingumo Teismas padarė išvadą, kad tokie *nacionalinės teisės aktai* yra diskriminuojantys ir prieštarauja Sąjungos teisei. Tai darydamas, jis nepalygino kiekvieno iš ieškovių situacijos su bendradarbiais. Atvirkščiai, iš tiesų buvo lyginamas požiūris į amžiaus grupes, kurioms šios nuostatos ypač nepalankios, ir amžiaus grupes, kurioms jos yra palankiausios (kitaip tariant, į grupes, abstrakčiai apibrėžtas ginčijamuose teisės aktuose)²¹.

53. Teisingumo Teismas tokiais atvejais atkreipia dėmesį į tai, kad teisinė analizė aiškiai pasireiškia abstrakčia, bendra nacionalinės teisės aktų *suderinamumo* su Sąjungos teise *kontrole*, o ne konkrečiu pavienio atsakovo darbdavio taikomos ieškovo diskriminacijos, palyginti su jo bendradarbiais, tyrimu²².

17 Šios išvados 37 ir 38 punktai.

18 Šiuo klausimu žr. Sprendimą *Feryn*, kur nagrinėtas diskriminacijos šaltinis buvo darbdavio įdarbinimo politika, nukreipta prieš imigrantus, ir buvo laikomasi nuomonės, kad siekiant nustatyti, ar esama diskriminacijos, *nustatyti auką nėra būtina* (2008 m. liepos 10 d. sprendimas (C-54/07, EU:C:2008:397, 40 punktas)).

19 Žr., pvz., 1976 m. balandžio 8 d. Sprendimą *Defrenne* (43/75, EU:C:1976:56, 40 punktas) ir 2002 m. rugsėjo 17 d. Sprendimą *Lawrence ir kt.* (C-320/00, EU:C:2002:498, 17 punktas).

20 2005 m. lapkričio 22 d. Sprendimas *Mangold* (C-144/04, EU:C:2005:709) ir 2010 m. sausio 19 d. Sprendimas *Kücükdeveci* (C-555/07, EU:C:2010:21).

21 Bylose *Mangold* ir *Kücükdeveci* (ir šioje byloje) ieškovas buvo grupės, kuriai taikytos nuostatos buvo mažiau palankios, narys. Dėl panašaus, tačiau ne tokio užtikrinto aiškinimo, ar nagrinėjama priemonė iš tiesų naudinga, ar nenaudinga (tik vienai grupei, žr. 2017 m. liepos 19 d. Sprendimą *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566)).

22 Tai prieštarauja požiūriui, taikytam tais atvejais, kai diskriminaciją lėmė darbdavys, kuomet siekiant atlikti bet kokią palyginimą daugeliu atveju būtina nustatyti konkrečias bendradarbių grupes, kurioms taikomas palankesnis požiūris. Šiuo klausimu žr. 2002 m. rugsėjo 17 d. Sprendimą *Lawrence ir kt.* (C-320/00, EU:C:2002:498) ir 2004 m. sausio 13 d. Sprendimą *Allonby* (C-256/01, EU:C:2004:18).

54. Mano nuomone, šiuo atveju yra svarbu atsižvelgti į tuos argumentus. Taip yra todėl, kad, be suderinamumo klausimo, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas ketvirtajame prejudiciniame klausime konkrečiai siekia išsiaiškinti, kaip praktiškai panaikinti diskriminaciją. Nagrinėjant šį klausimą daugiausia dėmesio bus skiriama diskriminacijos „šaltiniui“ ir klausimui, kuris subjektas yra „atsakingas už nelygybę ir kuris galėtų atkurti vienodą požiūrį“²³.

3. Kokios grupės: savybės kaip palyginimo pagrindas?

55. Kaip minėta, dauguma savo pastabas pateikusių suinteresuotųjų šalių abejojo, ar ieškovo situacija buvo panaši į keturių bažnyčių narių situaciją. Vis dėlto šis palyginimas buvo atliktas atsižvelgiant į skirtingas savybes, remiantis skirtingu palyginimo kriterijumi. Savo ruožtu dėl šios diferenciacijos atsiranda skirtingos grupės, kurias būtų galima lyginti.

56. Iš esmės, šalys pasiūlė tris alternatyvas pagal pasirinktą abstraktumo lygmenį:

- i) darbuotojai, kuriems Didysis penktadienis yra svarbiausia metų religinė šventė („siauras palyginimo kriterijus“, iš esmės Austrijos vyriausybės ir atsakovės pozicija). Pasirenkant tokį siaurą palyginimo kriterijų ir atsižvelgiant į ieškovo per teismo posėdį pateiktus argumentus, jo situacija nebūtų panaši į keturių bažnyčių narių situaciją. Taip būtų užkirstas kelias panašumui, o tai reiškia, kad nėra jokios diskriminacijos;
- ii) darbuotojai, kuriems tai yra „ypatinga“ (religinė) šventė, nesutampanti su jokia kita švenčių diena, jau pripažinta pagal nacionalinę teisę („tarpinis palyginimo kriterijus“; iš esmės Komisijos pozicija). Remiantis šiuo palyginimo kriterijumi, neaišku, ar ieškovo situacija panaši į keturių bažnyčių narių situaciją, nes nėra žinomi jo religiniai įsitikinimai. Tai, galiausiai būtų fakto klausimas, kurį turi spręsti nacionalinis teismas;
- iii) darbuotojai, dirbantys Didįjį penktadienį, kurie diferencijuojami pagal religiją dėl darbo užmokesčio už tą dieną („platus palyginimo kriterijus“; iš esmės ieškovo šioje byloje pozicija). Remiantis šiuo palyginimo kriterijumi, ieškovo situacija yra tokia pati kaip keturių bažnyčių narių, dirbančių Didįjį penktadienį, situacija. Tai iš esmės reikštų, kad yra diskriminacija.

57. Prieš pradėdant nagrinėti, koks palyginimo kriterijus tinkamas šioje byloje, turėtų būti išspręstas bendresnis klausimas. Savo šios bylos šalims pateiktuose klausimuose raštu Teisingumo Teismas paklausė, ar galima iš principo aiškiai paneigti panašumo galimybę remiantis „įtartinu“ pagrindu, konkrečiai nurodytu Chartijos 21 straipsnio 1 dalyje ir Direktyvos 2000/78 1 straipsnyje (šiuo atveju religija).

23 2002 m. rugsėjo 17 d. Sprendimas *Lawrence ir kt.* (C-320/00, EU:C:2002:498, 17 ir 18 punktai) ir 2004 m. sausio 13 d. Sprendimas *Allonby* (C-256/01, EU:C:2004:18, 45 ir 46 punktai). Šis skirtumas turi akivaizdų poveikį teisių gynimo priemonių prieinamumo klausimui, išsamiai aptariamam 172–196 punktuose.

58. Tais skirtingo požiūrio, tiesiogiai susijusio su „įtartinu“ pagrindu, atvejais Teisingumo Teismas nuosekliai pripažįsta, kad yra diskriminacija²⁴. Jeigu jie apskritai nagrinėjami, Teisingumo Teismas paprastai skiria nedidelę dėmesį argumentams, kad situacijos nėra panašios²⁵.

59. Tačiau nemanau, kad galima apskirtai tvirtinti, kad skirtingas požiūris, grindžiamas „įtartinu“ pagrindu, visais atvejais turi būti prilyginamas tiesioginei diskriminacijai²⁶. Galimybės, kad toks pagrindas gali savaime paneigti panašumą, negalima visiškai atmesti²⁷.

60. Manau, kad, kaip ir daugelyje kitų bylų, problema susijusi su tuo, kaip išsamiai bus suformuluotas diferencijavimo pagrindas. „Įtartinas“ pagrindas yra visada abstraktus (pavyzdžiui, nėra diskriminacijos dėl religijos). Tačiau nuostatos, nustatančios palyginimo kriterijus atskirais atvejais, neišvengiamai yra išsamesnės, dažnai taikomos atsižvelgiant į kitus interesus ir argumentus (pavyzdžiui, nuostatos dėl švenčių dienų ir darbo užmokesčio). Taigi, praktiškai, bus gana reta, kad „įtartinas“ pagrindas ir palyginimo kriterijai bus suformuluoti vienodai abstrakčiai ir jų taikymo sritis bus ta pati.

61. Nurodyta Teisingumo Teismo jurisprudencija aiškiai patvirtina, kad kai šitaip remiamasi „įtartinu“ pagrindu, perkeltine prasme kalbant, pradeda mirksėti raudona šviesa. Išskirtiniais atvejais daroma išvada, kad panašumo nėra. Išskyrus aiškius ir nedviprasmiškus atvejus, kad aptariamoms grupėms iš esmės skiriasi, taip siekiant pašalinti poreikį svarstyti priemonės būtinumą ar proporcingumą, skirtingas požiūris turi būti nagrinėjamas vertinant, ar jis „pateisinamas“, o ne remiantis „panašumo (trūkumu)“.

62. Tai, kad panašumo ir pateisinimo klausimai persipina, ir tai lemia dabartinės diskriminacijos analizės sistemos vidinį tranzityvumą, matyti ir šioje byloje. Diskriminacijos analizė formaliai suskirstyta į skirtingus etapus: panašių situacijų buvimo analizė; skirtingas požiūris į tokias grupes; ir jeigu konstatuojamas diskriminacijos atvejis (skirtingas požiūris į panašias situacijas), pateisinimų analizė. Tačiau visi šie etapai susiję su panašiais klausimais: skirtingų situacijų ir skirtingo požiūrio apimtimi ir svarba. Jei situacijų skirtumai yra pakankamai dideli (atsižvelgiant į skirtingo požiūrio pobūdį ir apimtį konkrečiu atveju), nebus galima pripažinti, kad jos panašios. Jei, atvirkščiai, situacijų skirtumai nėra pakankamai dideli (ir tokią išvadą galima lengviau padaryti, jeigu skirtingas požiūris iš pirmo žvilgsnio atrodo šiek tiek „perdėtas“), jas galima pripažinti panašiomis, ir skirtingo požiūrio analizė pereina į pateisinimų vertinimo etapą. Dėl pateisinimų vertinimo iš esmės klausimas yra toks, ar, nepaisant to, kad teisės požiūriu situacijos panašios, požiūrio skirtumus pakankamai aiškiai atspindi faktiniai tokių situacijų skirtumai.

63. Atsižvelgdamas į tai, dabar išnagrinėsiu šioje byloje taikytiną tinkamą palyginimo kriterijų.

24 1990 m. lapkričio 8 d. Sprendimas *Dekker* (C-177/88, EU:C:1990:383, 12 ir 17 punktai); 1990 m. lapkričio 8 d. Sprendimas *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund* (C-179/88, EU:C:1990:384, 13 punktas); 2003 m. vasario 27 d. Sprendimas *Busch* (C-320/01, EU:C:2003:114, 39 punktas) ir 2008 m. balandžio 1 d. Sprendimas *Maruko* (C-267/06, EU:C:2008:179, 72 punktas). Byla, kai skirtingas požiūris yra aiškiai pagrįstas „įtartinu“ pagrindu (pvz., 2017 m. liepos 5 d. Sprendimas *Fries* (C-190/16, EU:C:2017:513, 32–34 punktai)). Tačiau vien *nuoroda* į „įtartiną“ pagrindą pati savaime nėra pakankama priežastis daryti išvadą, kad egzistuoja tiesioginė diskriminacija (žr. 2017 m. kovo 14 d. Sprendimą *Bouagnaoui ir ADDH* (C-188/15, EU:C:2017:204, 32 punktas) ir 2017 m. kovo 14 d. Sprendimą *G4S Secure Solutions* (C-157/15, EU:C:2017:203, 30 punktas)). Teisingumo Teismas laikėsi panašaus požiūrio, kai „įtartinas“ pagrindas yra skirtingo vertinimo motyvas (žr., pvz., 2015 m. liepos 16 d. Sprendimą *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* (C-83/14, EU:C:2015:480, 91 punktas)) arba praktiškai daro poveikį tik grupei, kurią galima nustatyti remiantis „įtartinu“ pagrindu (pvz., 2007 m. rugsėjo 20 d. Sprendimas *Kiiski* (C-116/06, EU:C:2007:536, 55 punktas)).

25 Žr., pvz., 2017 m. liepos 19 d. Sprendimą *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, 25–28 punktai). Vis dėlto dėl panašumo paneigimo žr. 2015 m. spalio 1 d. Sprendimą *O* (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 Dėl skirtingo požiūrio žr. generalinės advokatės E. Sharpston išvadą byloje *Bressol ir kt.* (C-73/08, EU:C:2009:396, 55 punktas).

27 2015 m. spalio 1 d. Sprendimas *O* (C-432/14, EU:C:2015:643, 40 punktas).

4. Tinkamas palyginimo kriterijus šioje byloje

64. Remiantis suformuota jurisprudencija, „situacijų panašumo reikalavimą, siekiant nustatyti, ar pažeistas vienodo požiūrio principas, reikia vertinti atsižvelgiant į visas joms būdingas aplinkybes“²⁸. Be to, šis panašumas turi būti vertinamas atsižvelgiant į tikslą, kurio siekiama nagrinėjamos nacionalinėmis nuostatomis²⁹.

65. Šioje byloje Austrijos vyriausybė nurodė, kad Didysis penktadienis yra svarbiausia religinė šventė keturių bažnyčių nariams. Nagrinėjamos nacionalinės teisės nuostatomis *siekama* leisti tokiems asmenims dalyvauti religinėse apeigose tą dieną, taip gerbiant jų religijos laisvę.

66. Jurisprudencijoje taip pat reikalaujama, kad panašumas būtų vertinamas „*į atitinkamą išmoką atsižvelgiant*“ ne bendrai ir abstrakčiai, bet specialiai ir konkrečiai³⁰.

67. Kaip jau minėta³¹, šioje byloje kalbama ne apie šventinę dieną Didįjį penktadienį, bet apie kompensaciją. Atsižvelgdamas į tai manau, kad tinkamas yra platus palyginimo kriterijus.

68. Kaip kompensacija tam tikrai asmenų grupei už darbą Didįjį penktadienį mokamas dvigubas darbo užmokestis būtent dėl religijos. Kitiems asmenims, kurie dirba tą dieną, yra mokamas įprastas darbo užmokestis, neatsižvelgiant į tai, kad jie gali dirbti visiškai tokį patį darbą. Atsižvelgiant į šią išmoką, nėra jokio šias grupes skiriančio požymio. Darbo užmokesčio dydis ir tikėjimas iš esmės nesusiję.

69. Mano nuomone, tokiai išvadai neturi įtakos nacionalinės teisės aktų tikslas apsaugoti religijos ir apeigų laisvę. Tiesiog nesuprantu, kaip šis tikslas susijęs su tuo, kad konkrečiai religiniu pagrindu apibrėžtai darbuotojų grupei tam tikrą dieną mokamas dvigubas darbo užmokestis. Iš tiesų galima teigti (su trupučiu ironijos), kad keturių bažnyčių narių teisė gauti dvigubą darbo užmokestį už darbą Didįjį penktadienį reiškia ekonominę paskatą *nedalyvauti* tą dieną religinėse apeigose.

70. Galima būtų atsakyti, kad iš tiesų keturių bažnyčių narių, kurie dirba Didįjį penktadienį, situacija skiriasi, nes darbas tą dieną jiems turi itin didelį poveikį. Šiuo aspektu manau, kad tam tikruose specifiniuose sektoriuose darbdaviai gali prašyti net keturių bažnyčių narius dirbti Didįjį penktadienį. Tačiau, kaip minėta, svarbus klausimas šiuo atveju, remiantis Teisingumo Teismo jurisprudencija, yra toks, ar situacijos yra panašios, atsižvelgiant į nacionalinio įstatymo *tikslą* (kuris, manau, yra apsaugoti religijos laisvę, o ne kompensacija už tai, kad jos negalima apsaugoti) ir *konkrečių išmoką*. Be to, taip pat primenu, kad Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 9 punkto 5 papunktyje numatyta kompensacija asmenims, dirbantiems švenčių dienomis, *nepriklausomai nuo to, ar švenčių dienos nustatomos dėl religinių priežasčių*.

71. Taigi manau, kad, atsižvelgiant į kompensacijos išmoką ir taikomų nacionalinės teisės nuostatų tikslą, visų darbuotojų, dirbančių Didįjį penktadienį, kurie diferencijuojami dėl religijos, kiek tai susiję su už tą dieną mokamu darbo užmokesčiu, situacija yra panaši.

72. Norėčiau pateikti kelias papildomas pastabas dėl panašumo.

28 2015 m. spalio 1 d. Sprendimas O (C-432/14, EU:C:2015:643, 31 punktą).

29 2015 m. spalio 1 d. Sprendimas O (C-432/14, EU:C:2015:643, 33 punktą).

30 2008 m. balandžio 1 d. Sprendimas *Maruko* (C-267/06, EU:C:2008:179, 42 punktą); 2011 m. gegužės 10 d. Sprendimas *Römer* (C-147/08, EU:C:2011:286, 42 punktą); 2013 m. gruodžio 12 d. Sprendimas *Hay* (C-267/12, EU:C:2013:823, 33 punktą) ir 2015 m. spalio 1 d. Sprendimas O (C-432/14, EU:C:2015:643, 32 punktą).

31 Šios išvados 40–43 punktai.

73. Pirma, dėl aiškumo norėčiau pažymėti, jog, be abejonės, nekeliu klausimo dėl Didžiojo penktadienio ypatingos svarbos keturių bažnyčių nariams. Šiuo aspektu juos galima aiškiai atskirti nuo asmenų, kuriems Didysis penktadienis neturi tokios reikšmės. Tačiau, mano nuomone, šios aplinkybės svarba skiriasi atsižvelgiant į skirtingų rūšių priemones: suteikiant poilsį tą dieną, suteikiant laisvą dieną, kuri bus išskaičiuota iš kasmetinių atostogų, suteikiant apmokamą laisvą dieną ir mokant papildomai už darbą tą dieną. Šioje byloje nagrinėjama išmoka yra kompensacija. Atsižvelgiant į šią išmoką, keturių bažnyčių narių, kurie Didįjį penktadienį dirba, ir kitų darbuotojų situacija gali nebūti *identiškos*, tačiau religijos svarba pirmiesiems jokių būdu nėra tokia, kad šių situacijų nebūtų galima laikyti panašiomis³².

74. Antra, vertinant panašumą, Sąjungos teisėje pirmiausia atsižvelgiama į nacionalinės teisės aktuose nustatytus tikslus ir kategorijas. Tačiau tie tikslai ir kategorijos negali būti patys savaime lemiami. Kaip jau esu nurodęs³³, jeigu būtų buvę kitaip ir panašumo klausimą intelektiniu požiūriu nulemtų nacionalinės teisės aktuose nustatytos kategorijos, tuomet galimi panašumai būtų išvardyti pačiuose nacionalinės teisės aktuose pagal jų taikymo sritį. Toks vertinimas neabejotinai bus lyg uždaras ratas ir jokia kontrolė bus faktiškai neįmanoma.

75. Nagrinėjamu atveju nacionalinėje teisėje nustatytų tikslų ir kategorijų lyginamosios analizės svarba, mano nuomone, yra labai sumažinta, visų pirma dėl to, kad deklaruojamas tikslas apsaugoti teisę į religines apeigas Didįjį penktadienį ir didesnis ekonominis atlygis už darbą tą dieną yra tarpusavyje nesuderinami.

76. Trečia, nacionalinės teisės aktų taikymo sritis šiuo atveju, be abejonės, yra konkrečiai apibrėžta. Juose nustatyti tikslai ir apibrėžtos kategorijos, kurios išskiria konkrečius asmenis, priklausančius tam tikroms krikščionių grupėms (ir pagal bendrą Austrijos gyventojų skaičių pakankamai mažoms)³⁴, nustatant ypatingą požiūrį. Tai jau savaime priežastis vertinti atsargiai. Tačiau, jei darytume prielaidą, kad šios konkrečios savybės iš tiesų yra tokios svarbios, kad dėl jų keturių bažnyčių narių nebūtų įmanoma palyginti su kitais, tai reikštų, kad kitų religinių grupių nariai taip pat turi turėti atitinkamų savybių, skiriančių juos nuo kitų.

77. Diskriminaciją lemia ne tik tai, kad tos pačios situacijos vertinamos skirtingai, bet ir tai, kad objektyviai skirtingos situacijos vertinamos taip pat. Jei keturių bažnyčių nariai laikomi turintys atitinkamų skiriamųjų savybių, iš principo turi būti vertinama kiekviena religija, kad būtų galima nustatyti, kaip skirtingai tos religijos nariai turėtų būti vertinami, kai kalbama apie papildomas (apmokamas) švenčių dienas ir kompensacijas³⁵. Tačiau tai nėra požiūris, kurio laikosi Austrijos valstybė. Kaip Austrijos vyriausybė patvirtino savo rašytinėse ir žodinėse pastabose, pagal kolektyvinę sutartį Jom Kipuro šventės dieną suteikiama laisva diena žydų tikėjimo nariams, o tai, atrodo, yra taikoma tik kai kuriuose nacionalinės ekonomikos sektoriuose. Bet kuriuo atveju tai yra tik dar viena religija, dėl kurios taikomas toks požiūris³⁶.

32 2017 m. liepos 19 d. Sprendimas *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, 25 punktas).

33 Žr. mano išvadą byloje *MB* (C-451/16, EU:C:2017:937, 47 punktą).

34 Austrijos vyriausybė rašytinėse ir žodinėse pastabose paaiškino, kad istoriškai keturių bažnyčių nariai sudaro mažumą Austrijoje, kuri, kitaip nei katalikų dauguma, neturėjo švenčių dienos svarbiausios religinės šventės dieną. Tuo metu, kai 7 punkto 3 papunktis buvo įtrauktas į įstatymą, galėjo būti, kad keturių bažnyčių nariai sudarė ne katalikų gyventojų daugumą. Tačiau, kaip patvirtinta prašyme priimti prejudicinį sprendimą, jie nesudaro visų ne katalikų gyventojų daugumos Austrijoje, tarp kurių yra išpažįstančių kitą tikėjimą.

35 Dėl panašaus situacijų, kurios gali būti diferencijuojamos dėl religinių priežasčių, vertinimo žr. 2000 m. balandžio 6 d. Europos Žmogaus Teisių Teismo (didžioji kolegija) sprendimą *Thlimmenos prieš Graikiją* (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

36 Žr., pvz., 2015 m. spalio 1 d. Sprendimą *O* (C-432/14, EU:C:2015:643, 38 punktą). Toje byloje Teisingumo Teismas sprendė dėl „jaunų asmenų“, kurie mokosi universitete arba mokykloje, panašumo su kitais darbuotojais. Teisingumo Teismas nusprendė, kad šios grupės nėra panašios. Tai darydamas jis atsižvelgė į nacionalinės teisės aktų tikslus, tačiau akivaizdu, kad taip pat atsižvelgė į argumentų nuoseklumą ir tai, kaip vertinamos kitos grupės.

78. Pastaroji priežastis galiausiai taip pat yra dar vienas argumentas, kodėl „siauras palyginimo kriterijus“, kurį siūlo taikyti Austrijos vyriausybė ir atsakovė, negali būti taikomas. Net pripažįstant, kad tik keturių bažnyčių nariai turi objektyvų poreikį atlikti religines apeigas Didįjį penktadienį, todėl jų negalima prilyginti kitomis religinėmis grupėmis (nes tikėtina, kad nė viena iš jų neturi to paties poreikio atlikti religines apeigas tą dieną), neatsižvelgiant į tai, kad kompensacija veikia ne skatina, o atvirksčiai trukdo tai daryti, aiškiai rodo, kad priemonė yra *atrankioji*, diskriminacijos klausimą iškelianti vienu lygmeniu aukščiau. Kaip vertinti kitas religines grupes ar bendruomenes, taip pat turinčias religines šventes, kurios neįtrauktos į švenčių dienų, numatytų Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 7 punkto 1 papunktyje, sąrašą?

79. Šios (ne)panašumo logikos kraštutinės pasekmės būtų tos, kad nė viena iš šių grupių nebūtų panaši į kitą iš jų, nes jos turi objektyvų poreikį švęsti skirtingas religines šventes. Ar tai irgi galėtų reikšti, kad nacionalinės teisės aktų leidėjas gali nustatyti švenčių dienas (galbūt taip pat skirtingos trukmės) tik kai kurioms iš jų, galbūt kartu numatydamas skirtingo dydžio apmokėjimą?

80. Dėl visų šių priežasčių darau išvadą, kad kartu taikant Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 7 punkto 3 papunktį ir 9 punkto 5 papunktį su ieškovu elgiamasi mažiau palankiai nei su keturių bažnyčių nariais, kurie dirba Didįjį penktadienį ir kuriems už tai mokamas dvigubas darbo užmokestis. Toks nevienodas požiūris yra tiesiogiai susijęs su religija³⁷.

81. Mano nuomone, nesvarbu, kad Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 9 punkto 5 papunkčio formuluotė yra iš tiesų akivaizdžiai neutrali, nes, kaip aiškiai matyti iš prašymo priimti prejudicinį sprendimą, teisė į kompensaciją pagal šią nuostatą pagrįsta šio įstatymo 7 punkto 3 papunkčiu. Ši nuostata nėra neutrali, o aiškiai nustato skirtumus dėl religijos. Iš to išplaukiantis skirtingas požiūris yra diskriminacija, kaip tai suprantama pagal Chartijos 21 straipsnio 1 dalį, ir tiesioginė diskriminacija, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2000/78 2 straipsnio 2 dalies a punktą.

5. Apmokamų švenčių dienų išmoka

82. Pirma pateiktoje analizėje daugiausia dėmesio skiriama diskriminacijos dėl kompensacijos išmokos klausimui. Pirmesniame šios išvados skirsnyje bandžiau paaiškinti, kodėl į šią išmoką, kuri galiausiai yra pagrindinės bylos dalykas, reikėtų atsižvelgti lyginant. Dėl išsamumo trumpai aptarsiu apmokamų švenčių dienų išmoką ir kaip sutelkus dėmesį į šią išmoką būtų pakeista lyginimo sistema.

83. Jau pažymėjau, kad Didžiojo penktadienio svarba keturių bažnyčių nariams būtų skirtinga, jeigu būtų lyginamos skirtingos išmokos³⁸. Neapmokamo laisvo laiko tą dieną suteikimas aiškiai labiau atitinka nustatytą tikslą apsaugoti religijos laisvę nei kompensacija. Reikalavimas mokėti darbo užmokestį darbuotojams, kurie nedirba Didįjį penktadienį, dėl religinių apeigų šiek tiek nutolsta nuo konkretus Austrijos vyriausybės nurodyto tikslo, tačiau išlieka daug glaudžiau su juo susijęs nei kompensacija³⁹.

84. Šie samprotavimai leidžia daryti išvadą, kad jeigu būtų nagrinėjama tik apmokamų švenčių dienų išmoka, tai būtų tvirtas pagrindas remtis tarpinio palyginimo kriterijumi, kaip ir siūlo Komisija.

85. Vis dėlto ieškovas pagrindinėje byloje neprašo suteikti apmokamos švenčių dienos Didįjį penktadienį. Jis taip pat neprašo kokios nors kitos specialios dienos, kuriai būtų taikoma ta pati tvarka, kad taip būtų atsižvelgta į jo specifinius ir kitokius religinius įsitikinimus. Tai, ko jis prašo, yra kompensacija už darbą Didįjį penktadienį, taip pašalinant kompensacijos nulemtą diskriminaciją dėl religijos.

37 Šiuo aspektu žr. generalinės advokatės J. Kokott išvadą byloje *G4S Secure Solutions* (C-157/15, EU:C:2016:382, 43 punktas).

38 Šios išvados 40–43 ir 73 punktai.

39 Konkrečiai tiems darbuotojams, kuriems imti papildomą laisvą neapmokamą dieną yra finansiškai sunku.

86. Taigi, net atsižvelgiant į bendrą priemonės tikslą ir į tai, kad apmokama švenčių diena ir kompensacija iš esmės yra dvi to paties medalio pusės, tarpinis palyginimo kriterijus, kurį siūlo taikyti Komisija⁴⁰, negali būti lemiamas veiksnys šioje byloje. Be to, dėl tų pačių priežasčių, kurios jau nurodytos dėl kompensacijos⁴¹, manau, kad taikyti siauro palyginimo kriterijaus, kaip siūlo Austrijos vyriausybė ir atsakovė, taip pat negalima, bent jau kiek tai susiję su apmokama švenčių diena.

6. Išvada dėl pirmojo klausimo

87. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau taip atsakyti į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo pirmąjį klausimą:

Chartijos 21 straipsnio 1 dalis, siejama su Direktyvos 2000/78 1 straipsniu ir 2 straipsnio 2 dalies a punktu, turi būti aiškinama taip, kad pagal ją draudžiama nacionalinės teisės nuostata, pagal kurią tik Evangelikų liuteronų, Evangelikų reformatų, Senkatalikų ir Metodistų bažnyčių nariams Didysis penktadienis yra švenčių diena, kai suteikiamas ne trumpesnis kaip 24 valandų nepertraukiamas poilsio laikas, tuo atveju, kai, nepaisant suteikiamo poilsio, tą švenčių dieną dirbančiam darbuotojui, priklausančiam vienai iš šių bažnyčių, suteikiama ne tik teisė į darbo užmokestį už dėl švenčių dienos neatliktą darbą, bet ir teisė į darbo užmokestį už atliktą darbą, nors kiti šioms bažnyčioms nepriklausantys darbuotojai tokios teisės neturi.

D. Antrasis klausimas

88. Antruoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia išsiaiškinti, ar priemonės, palankios keturių bažnyčių nariams, jeigu jos laikytinos diskriminuojančiomis, gali būti pateisinamos pagal Direktyvos 2000/78 2 straipsnio 5 dalį.

89. Manau, kad negali.

90. Visų pirma reikia pažymėti, kad jeigu atsakant į pirmąjį klausimą daroma išvada, kad nagrinėjamos priemonės yra draudžiamos pagal Chartijos 21 straipsnio 1 dalį, siejamą su Direktyvos 2000/78 2 straipsnio 2 dalies a punktu, bet koks pateisinimas turi būti vertinamas atsižvelgiant atitinkamai Chartijos 52 straipsnio 1 dalį ir direktyvos 2 straipsnio 5 dalį. Be formalaus elemento, kad direktyvos nuostata negali būti leidžiama nukrypti nuo Chartijos nuostatos, reikia konstatuoti, kad šių dviejų nuostatų formuluotės šiek tiek skiriasi.

91. Vis dėlto šios bylos tikslais abiejų nuostatų pagrindinė analizė yra panaši. Pagal abi nuostatas pateisinimas, kuriuo remiamasi, yra tikslas „apsaugoti kitų teises ir laisves“. Be to, kaip diskriminacijos draudimo išimtys, abi šios nuostatos turi būti aiškinamos siaurai⁴² ir joms taikoma proporcingumo kontrolė⁴³.

92. Dėl trijų priežasčių esu linkęs daryti išvadą, kad kompensacijos išmokos suteikimas *negali būti* pateisinamas nei pagal Chartijos 52 straipsnio 1 dalį, nei pagal direktyvos 2 straipsnio 5 dalį.

40 Taigi, net nepradėjus aiškinti tarpinio palyginimo kriterijaus, klausimas, į kurį reikia atsakyti ir kuris, be jokios abejonės, nėra paprastas, yra: kas gali būti laikoma „specialiąja“ diena? Ar yra nustatyta teisinė dvasinės arba religinės svarbos riba? Kokios religijos atitiktų kriterijus ir ar išvadą būtų galima pritaikyti kitoms religijoms, kurioms taip pat labai svarbios tam tikros dienos? Kaip, pavyzdžiui, būtų ateistų, kurie taip pat turi labai svarbių dienų, atveju? Ar katalikams turėtų būti atsakyta suteikti papildomą dieną, nes dėl istorinių priežasčių daugelis jų specialiųjų dienų jau yra įtrauktos į nustatytas 13 švenčių dienų? Be to, per teismo posėdį taip pat buvo aptartas jautrus aspektas dėl darbuotojo religinių įsitikinimų atskleidimo darbdaviui – logiška tarpinio palyginimo kriterijaus taikymo pasekmė.

41 Šios išvados 76–79 punktai.

42 Žr. 2011 m. rugsėjo 13 d. Sprendimą *Prigge ir kt.* (C-447/09, EU:C:2011:573, 55 ir 56 punktai) ir 2013 m. gruodžio 12 d. Sprendimą *Hay* (C-267/12, EU:C:2013:823, 46 punktas).

43 Žr. Chartijos 21 straipsnio 1 dalies formuluotę ir direktyvos 23 konstatuojamąją dalį. Tai pat žr. 2017 m. liepos 5 d. Sprendimą *Fries* (C-190/16, EU:C:2017:513, 44 punktas).

93. Pirma, nėra *prima facie* akivaizdu, kad „kitų teisių ir laisvių apsauga“ apima kompensacijos mokėjimą, kai šios laisvės ribojamos. Man atrodo, kad tai ne apsauga, o kompensacija už neužtikrintą apsaugą.

94. Vis dėlto, darant prielaidą, kad tokia apsauga gali apimti ir kompensaciją, reikia pažymėti, kad nurodytose nuostatose konkrečiai daroma nuoroda į *kitų* teisių ir laisvių apsaugą. Šiuo aspektu reikia nurodyti, kad 2 straipsnio 5 dalis į direktyvą buvo įtraukta paskutiniu momentu reikalaujant Jungtinei Karalystei⁴⁴, ir yra pagrindų manyti, jog ši nuostata buvo skirta apskritai *visuomenei* apsaugoti nuo tam tikrų grupių netinkamo elgesio⁴⁵.

95. Šią nuostatą aiškiau panašiai: pagal ją nuo draudimo leidžiama nukrypti dėl *kitų asmenų* teisių ir laisvių, ši žodžių junginių suprantant horizontaliai ir bendrai kaip visos visuomenės teisės ir laisvės. Tai lemia leidžiančios nukrypti nuostatos logika: našta ar nepalankios sąlygos, nustatytos tam tikrai grupei, galėtų būti teisėtos, jei to reikia siekiant bendro visuomenės intereso ir jos proporcingos tokiam interesui. Šiame etape gali būti lyginamos konkrečios (nepalankios sąlygos) ir bendri (interesai).

96. Jeigu būtų pritarta požiūriui, kad žodis „kiti“ junginyje „*kitų* teisėms ir laisvėms apsaugoti“ iš tiesų reiškia grupės narius, kuriems aptariamai teisės aktai suteikia tam tikrų pranašumų, tai apverstų viską aukštyje kojomis. Visi motyvai taptų užburtu ratu ir bet kurią nuostatą būtų galima pateisinti vien tik jos buvimo faktu.

97. Antra, Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 7 punkto 3 papunkčio ir 9 punkto 5 papunkčio *atrankinis* pobūdis yra bet kuriuo atveju problemiškas proporcingumo požiūriu, visų pirma atsižvelgiant į jo pirmąjį aspektą – tinkamumą. Nors šių nuostatų tikslas yra apsaugoti religijos laisvę, jos taikomos tik konkrečioms grupėms. Nenurodomos jokios kitos mažumos. Primenu, kad vertindamas diskriminuojančios nacionalinės priemonės proporcingumą Teisingumo Teismas vertina tai, ar ši priemonė atitinka nurodytą tikslą. Taigi, jis nusprendė, kad „teisės aktai gali garantuoti nurodyto tikslo pasiekimą, tik jeigu jais iš tikrųjų *nuosekliai ir sistemingai* siekiama šio tikslo, ir kad įstatymo nuostatų išimtis kai kuriais atvejais gali pakenkti jo nuoseklumui“⁴⁶. Nors tiesa, kad nagrinėjamos nacionalinės teisės nuostatose šiuo atveju nėra numatyta, kad jos netaikomos tam tikroms grupėms, praktinis nustatytos teisės labai siauros taikymo srities poveikis yra tas pats. Ji suteikiama tik keturių bažnyčių nariams.

98. Ši atrankumo problema neišsprendžiama suteikiant laisvo laiko dėl religinių priežasčių pagal kitas nuostatas. Šiuo aspektu reikia nurodyti, jog Austrijoje pagal kolektyvinę sutartį numatyta Jom Kipuro šventės dieną suteikti atostogas žydų tikėjimo nariams ir darbdavių rūpestingumo pareiga darbuotojų atžvilgiu⁴⁷.

99. Vis dėlto, kiek tai susiję su kolektyvine sutartimi, Austrijos vyriausybės rašytiniuose atsakymuose į Teisingumo Teismo pateiktus klausimus buvo patvirtinta, kad ji taikoma ne visiems sektoriams, o tik konkrečios religinės grupės nariams. Kiek tai susiję su rūpestingumo pareiga, mano nuomone, darbuotojo teisės imtis iniciatyvos prašyti laisvų valandų religinių apeigų tikslais negalima palyginti su teise į apmokamą švenčių dieną, nustatytą nacionalinės teisės aktuose arba kolektyvinėje sutartyje. Apskritai, net jei kitą tikėjimą išpažįstantiems asmenims gali būti suteiktas laisvas laikas religinėms apeigoms atlikti, kai jie to prašo, o darbdavys šį prašymą tenkina, nėra jokios bendro pobūdžio automatinės teisės gauti finansinę kompensaciją tuo atveju, kai šiuo laisvu laiku iš tiesų nebuvo pasinaudota.

44 Žr., pvz., Ellis, E., ir Watson, P., *ES Anti-Discrimination Law*, 2-asis leidimas, Oxford ES Law Library, 2012, p. 403.

45 Generalinės advokatės E. Sharpston išvada byloje *Bouagnaoui ir ADDH* (C-188/15, EU:C:2016:553, 99 išnaša).

46 2017 m. liepos 5 d. Sprendimas *Fries* (C-190/16, EU:C:2017:513, 48 punktą).

47 Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 8 punktą.

100. Trečia, nėra akivaizdaus ryšio tarp religijos laisvės apsaugos ir teisės į kompensaciją, jeigu asmuo dirba Didįjį penktadienį. Dėl tų pačių priežasčių manau, kad kompensacija keturių bažnyčių nariams, kurie dirba Didįjį penktadienį, net jeigu ji suteikiama selektyviai, yra neproporcinga, nes tai *nėra tinkama priemonė* norint pasiekti religijos laisvės apsaugos tikslą pagal Chartijos 52 straipsnio 1 dalį ir Direktyvos 2000/78 2 straipsnio 5 dalį. Be to, sunku įsivaizduoti, kaip dvigubo darbo užmokesčio mokėjimas už tai, kad *nedalyvaujama religinėse apeigose* Didįjį penktadienį, yra tinkama priemonė siekiant tikslo apsaugoti (net selektyviai) religijos ir religinių apeigų laisvę.

101. Galiausiai pažymėtina, kad nors pirma pateiktose pastabose daugiausia dėmesio skiriama kompensacijai, 97 ir 98 punktuose pateikti argumentai dėl priemonės atrankinio pobūdžio, kiek tai susiję su *apmokama švenčių diena*, taip pat taikomi ir užkerta kelią tos išmokos diskriminuojamajam pobūdžiui pateisinti.

102. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui taip atsakyti į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo antrąjį klausimą:

Tokiomis aplinkybėmis kaip šioje byloje, nacionalinės teisės aktas, pagal kurį tokia kompensacija, kaip nurodyta pirmajame klausime, suteikiama tik tam tikrų bažnyčių nariams, kurie dirba Didįjį penktadienį, nėra priemonė, kuri demokratinėje visuomenėje būtina kitų asmenų teisėms ir laisvėms apsaugoti, kaip tai suprantama pagal Direktyvą 2000/78.

E. Trečiasis klausimas

103. Trečiuoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia išsiaiškinti, ar priemonės, palankios keturių bažnyčių nariams, patenka į pozityvaus veiksmo sąvoką, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2000/78 7 straipsnio 1 dalį, siejamą su Chartijos 21 straipsnio 1 dalimi.

104. Manau, kad nepatenka.

105. Pirmiausia pažymiu, kad konkretus ryšys tarp Chartijos 21 straipsnio 1 dalies ir Direktyvos 2000/78 7 straipsnio 1 dalies *prima facie* nėra aiškus. Visų pirma diskusija dėl to, ar pozityvūs veiksmai yra (laikinas) nukrypimas nuo lygybės principo, ar tai iš tiesų yra neatsiejama esminės lygybės vizijos dalis, toli gražu nėra išspręstas. Tačiau šioje išvadoje nemanau, kad būtina nagrinėti tokius gilius klausimus.

106. Šioje byloje Austrijos vyriausybė teigė, kad priemonės galėtų būti aiškinamos kaip patenkančios į pozityvų veiksmų sąvoką, jei buvo patvirtintos siekiant kompensuoti ankstesnę mažiau palankų požiūrį. Remiantis Austrijos vyriausybės rašytinėmis pastabomis, keturių bažnyčių nariai, kitaip nei dauguma katalikų bažnyčios narių, neturėjo teisės į poilsio dieną, kad galėtų švęsti svarbiausią jų religinę metų šventę ir buvo šioje nepalankioje padėtyje daugelį metų, kol buvo paprašyta suteikti tokią dieną ir ji buvo suteikta 6-ajame dešimtmetyje.

107. Tiesa, kad sąvoka „pozityvus veiksmas“ nėra aiškiai apibrėžta teisės aktuose ar jurisprudencijoje. Todėl nėra *prima facie* apribojimų dėl to, kas galėtų patekti į šią sąvoką, materialiu ir laiko požiūriais. Šiuo aspektu galima teigti, kad ketinimas kompensuoti „nepatogumus dėl kurios nors iš 1 straipsnyje nurodytų priežasčių“ taip pat gali apimti norą kompensuoti (net šimtmečius trukusius) buvusius persekiojimus dėl religijos.

108. Vis dėlto turiu pripažinti, kad vien laiko požiūriu atrodo abejotina, ar 6-ajame dešimtmetyje priimta priemonė iš tiesų buvo suvokiama kaip „pozityvus veiksmas“, kaip tai suprantama pagal daug modernesnę sąvoką, kuri, be jokios abejonės, pirmą kartą atsirado Sąjungos teisėje tik po kelių dešimtmečių. Toks išvalgumas panašus į stebuklą.

109. Vis dėlto, be sunkumų, susijusių su apibrėžties nebuvimu ir laiko klausimu, yra dvi įtikinamos priežastys, kodėl manau, kad tokia kompensacija jokių atveju negali būti „pozityvus veiksmas“.

110. Pirmiausia, priemonė skirta labai konkrečiai grupei, o tai verčia vėl pereiti prie jau aptarto klausimo dėl *atrankinio pobūdžio* ir antrojo lygmens diskriminacijos⁴⁸. Priemonės nebuvo priimtos siekiant užtikrinti visišką visų grupių, kurių padėtis anksčiau apskritai buvo nepalanki, arba tiksliau, jos neturėjo poilsio dienos svarbią šventės dieną, kitaip nei dauguma katalikų, lygybę.

111. Antra, bet kokia priemonė, kurią galbūt galėtų apimti pozityvus veiksmas, bet kuriuo atveju turi atitikti proporcingumo principą. Tai neseniai buvo patvirtinta kaip bendra nuostata dėl priemonių, kuriomis ribojama religijos laisvė ir kurios buvo vertinamos atsižvelgiant į Chartiją ir Direktyvą 2000/78⁴⁹. Nors Teisingumo Teismo jurisprudencijoje dėl pozityvaus veiksmo sąvokos taikymo pagal antrinę teisę nepateikta proporcingumo analizė, aišku, kad Teisingumo Teismas nagrinėja priemones, siekdamas nustatyti, ar jos yra būtinos nepalankioms sąlygoms kompensuoti⁵⁰. Dėl tų pačių priežasčių, kurios išdėstytos dėl antrojo klausimo⁵¹, manau, kad atitinkamos nacionalinės teisės priemonės bet kuriuo atveju negali būti laikomos proporcingomis, todėl negali patekti į pozityvaus veiksmo sąvoką, kaip ji suprantama pagal Direktyvos 2000/78 7 straipsnio 1 dalį.

112. Galiausiai pažymėtina, kad nors dėmesys dar kartą sutelkiamas į kompensaciją, 97, 98 ir 101 punktuose išdėstyti motyvai, susiję su priemonės atrankiniu pobūdžiu, atsižvelgiant į apmokamas švenčių dienos išmoką, taip pat taikomi ir neleidžia šios išmokos vertinti kaip „pozityvaus veiksmo“.

113. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau taip atsakyti į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo trečiąjį klausimą:

Nacionalinės teisės aktas, pagal kurį suteikiama tokia kompensacija, kaip nurodyta pirmajame klausime, nėra pozityvus veiksmas, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2000/78 7 straipsnio 1 dalį.

F. Ketvirtasis klausimas

114. Ketvirtuoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia išsiaiškinti, kaip diskriminacijos draudimo pažeidimą reikėtų pašalinti, visų pirma tais atvejais, kai jis pastebimas privačių subjektų santykiuose? Prieš nagrinėjant, ar sprendimas galėtų būti niekam nesuteikti švenčių dienos ir kompensacijos, ar suteikti jas visiems, preliminarus klausimas, kuriame iš dalies pateiktas atsakymas, yra toks: kokia teisės norma turėtų būti taikoma esant tokiems horizontaliems santykiams ir kokios būtų to pasekmės.

115. Teisingumo Teismo jurisprudencijoje jau nurodyti principai suteikia tam tikras gaires.

116. Pirmą, negalima remtis direktyva prieš asmenį (pavyzdžiui, privataus sektoriaus darbdavį)⁵². Tokiais atvejais nukentėjusio asmens teisių gynimo priemonė iš esmės yra ieškinys dėl žalos atlyginimo prieš valstybę⁵³.

48 Analogiškai šios išvados 76–79 ir 97 bei 98 punktam.

49 2018 m. balandžio 17 d. Sprendimas *Egenberger* (C-414/16, EU:C:2018:257, 68 punktas).

50 Šiuo aspektu žr., pvz., 1997 m. lapkričio 11 d. Sprendimą *Marschall* (C-409/95, EU:C:1997:533, 31 punktas).

51 Šios išvados 100 punktas.

52 1994 m. liepos 14 d. Sprendimas *Faccini Dori* (C-91/92, EU:C:1994:292, 20 punktas); 2004 m. spalio 5 d. Sprendimas *Pfeiffer ir kt.* (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, 108 punktas) ir 2010 m. sausio 19 d. Sprendimas *Kücükdeveci* (C-555/07, EU:C:2010:21, 46 punktas).

53 1991 m. lapkričio 19 d. Sprendimas *Francovich ir kt.* (C-6/90 ir C-9/90, EU:C:1991:428). Dėl Chartijos 21 straipsnio 1 dalies taikymo kartu su Direktyva 2000/78 žr. 2014 m. sausio 15 d. Sprendimą *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2014:2, 50 punktas).

117. Antra, diskriminacijos dėl religijos draudimas, įtvirtintas Chartijos 21 straipsnio 1 dalyje, tam tikrais atvejais bent jau gali būti taikomas „kartu su“ Direktyva 2000/78 prieš asmenį, o nacionalinis teismas turi netaikyti jokių teisės aktų, kurie yra nesuderinami su tokiu draudimu. Taigi, pagal Chartijos 21 straipsnio 1 dalį, taikant ją kartu su direktyva, suteikiama teisė *nebūti diskriminuojamam*, kuria gali būti tiesiogiai remiamasi nacionaliniuose teismuose, net esant horizontaliems santykiams. Tačiau svarbu, kad būtų aišku, jog taip yra dėl Sąjungos teisės *viršenybės*, o ne dėl jos tiesioginio poveikio (1 skirsnis).

118. Trečia, manau, kad Chartijos 21 straipsnio 1 dalis nėra „tiesioginio horizontalaus veikimo“, t. y. savaime nustatanti konkrečią pareigą privataus sektoriaus darbdaviui, kurios vykdymą turi užtikrinti nacionaliniai teismai, tiesiogiai įpareigodami šį darbdavį, jei, kaip šiuo atveju, diskriminacija nulemta nacionalinės teisės (2 skirsnis). Tačiau nukentėjęs asmuo turi turėti galimybę pareikšti ieškinį dėl žalos atlyginimo prieš valstybę, kad galėtų panaikinti tokią diskriminaciją (3 skirsnis).

1. Viršenybė

a) Direktyvų taikymas kartu su Chartijos nuostatomis

119. Teisingumo Teismas įvairiais būdais „kompensavo“ atsisakymą pripažinti horizontalų tiesioginį poveikį direktyvoms. Dažnai tai buvo nustatant ES teisę atitinkančio aiškinimo pareigą⁵⁴. Remiantis suformuota jurisprudencija, taikant šią pareigą nereikalaujama, kad nacionalinis teismas aiškintų nacionalinę teisę „contra legem“. Šioje byloje nacionalinis teismas aiškiai nurodė, kad neįmanoma nacionalinės teisės aiškinti taip, kad ji atitiktų Sąjungos teisę.

120. Susidūręs su tokiu ES teisę atitinkančio aiškinimo apribojimu Teisingumo Teismas bendruosius teisės principus⁵⁵ arba Chartiją⁵⁶ aiškino kartu su Direktyva 2000/78 ir padarė išvadą, jog asmuo iš tikrųjų gali remtis direktyvos materialinėmis nuostatomis ginče su kitu privačiu asmeniu, kad joms prieštaraujantys nacionalinės teisės aktai būtų panaikinti.

121. Sprendimuose *Mangold*, *Küçükdeveci* ir *DI*⁵⁷ Teisingumo Teismas konstatavo, kad taikomos nacionalinės teisės nuostatos yra nesuderinamos su konkrečiai taikytinomis *direktyvos* nuostatomis. Jis taip pat patvirtino, kad pagal Sąjungos teisę „draudžiamos“ (dėl to nacionalinis teismas privalo „netaikyti“, „panaikinti“ arba „atsisakyti taikyti“) nacionalinės teisės aktų nuostatos, kurios prieštarauja *bendrajam principui*. Taigi nacionaliniai teismai nacionalinės teisės aktus turi aiškinti taip, kad „jų taikymas galėtų atitikti šią direktyvą, o jeigu toks direktyvą atitinkantis aiškinimas neįmanomas, atsižvelgdamas į aplinkybes, netaikyti nė vienos šios nacionalinės teisės nuostatos, prieštaraujančios bendrajam nediskriminavimo dėl amžiaus principui“⁵⁸. Taip svarbios direktyvos nuostatos buvo faktiškai inkorporuotos į bendrąjį principą, prieš taikant taip „išplėstą“ principą privačių asmenų ginčui ir nusprendžiant dėl nacionalinės teisės aktų nesuderinamumo.

122. Sprendime *Egenberger* Teisingumo Teismas nurodė, kad Chartijos 21 straipsnio 1 dalyje įtvirtinto draudimo diskriminuoti dėl religijos ar įsitikinimų „pakanka, kad privatiems asmenims būtų suteikta teisė, kuria galima remtis į Sąjungos teisės taikymo sritį patenkančiuose jų ginčiuose“⁵⁹. Taikydamas šį draudimą nacionalinis teismas „turi atsižvelgti, be kita ko, į Direktyvoje 2000/78 Sąjungos teisės aktų

54 2004 m. spalio 5 d. Sprendimas *Pfeiffer ir kt.* (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584) ir 2018 m. balandžio 17 d. Sprendimas *Egenberger* (C-414/16, EU:C:2018:257).

55 2005 m. lapkričio 22 d. Sprendimas *Mangold* (C-144/04, EU:C:2005:709) ir 2010 m. sausio 19 d. Sprendimas *Küçükdeveci* (C-555/07, EU:C:2010:21).

56 2018 m. balandžio 17 d. Sprendimas *Egenberger* (C-414/16, EU:C:2018:257).

57 2005 m. lapkričio 22 d. Sprendimas *Mangold* (C-144/04, EU:C:2005:709, 77 ir 78 punktai); 2010 m. sausio 19 d. Sprendimas *Küçükdeveci* (C-555/07, EU:C:2010:21, 43 ir 51 punktai) ir 2016 m. balandžio 19 d. Sprendimas *DI* (C-441/14, EU:C:2016:278, 27 ir 35 punktai).

58 2016 m. balandžio 19 d. Sprendimas *DI* (C-441/14, EU:C:2016:278, 43 punktas).

59 2018 m. balandžio 17 d. sprendimas (C-414/16, EU:C:2018:257, 76 punktas).

leidėjo įtvirtintą šių interesų pusiausvyrą, kad nustatytų pareigas, kylančias iš Chartijos⁶⁰. Kitaip tariant, atitinkamos direktyvos nuostatos buvo netiesiogiai įtrauktos į Chartijos 21 straipsnį. Nacionalinis teismas turi užtikrinti visišką šios nuostatos veiksmingumą, prireikus netaikydamas bet kurios jai prieštaraujančios nacionalinės teisės nuostatos⁶¹. Tie patys argumentai *mutatis mutandis* taikomi Chartijos 47 straipsniui.

123. Byloje *AMS*⁶² Teisingumo Teismas vis dėlto pripažino tokio direktyvų turinio įtraukimo į bendruosius principus ir Chartijos nuostatas apribojimus siekiant taikyti direktyvos nuostatas horizontaliems santykiams. Ši byla buvo susijusi su Direktyva 2002/14/EB, joje buvo reikalaujama, kad darbuotojams turi būti atstovaujama įmonėse, kuriose dirba daugiau kaip 50 darbuotojų⁶³. 3 straipsnio 1 dalyje nustatyta „50 darbuotojų“ riba ir, kiek tai svarbu šiuo atveju, ši byla buvo daugiausia susijusi su „darbuotojo“ sąvokos apibrėžtimi. Teisingumo Teismas nusprendė, kad atitinkama nacionalinės teisės nuostata yra nesuderinama su direktyvos 3 straipsnio 1 dalimi, nes apskaičiuojant darbuotojų skaičių nebuvo įtraukti tam tikros kategorijos darbuotojai.

124. Vis dėlto Teisingumo Teismas pažymėjo, kad „pagrindinės bylos aplinkybės skiriasi nuo aplinkybių, dėl kurių buvo priimtas minėtas Sprendimas *Kücükdeveci*, nes vien pastarojoje byloje nagrinėto nediskriminavimo dėl amžiaus principo, įtvirtinto Chartijos 21 straipsnio 1 dalyje, *pakanka, kad privatiems asmenims būtų suteikta subjekcinė teisė, kuria galima remtis kaip tokia*“⁶⁴. Atvirkščiai, Chartijos 27 straipsnio „<...> nepakanka, kad privatiems asmenims būtų suteikta subjekcinė teisė, kuria galima remtis kaip tokia“⁶⁵. Todėl Teisingumo Teismas nusprendė, kad Direktyvos 2002/14 3 straipsnio 1 dalies nuostata buvo per daug išsami, kad būtų laikoma kaip patenkanti į atitinkamą Chartijos nuostatą.

b) Teisinės pasekmės pagal esamą jurisprudenciją

125. Kaip pripažinta Sprendime *Egenberger*, Chartijos 21 straipsnio 1 dalimi galima „remtis“ kartu su Direktyva 2000/78, nagrinėjant privačių asmenų ginčą, kaip ES teisę atitinkančio aiškinimo priemone, ir, o tai dar svarbiau, kriterijumi tikrinant Sąjungos teisės galiojimą ir nacionalinės teisės suderinamumą (Sąjungos teisės taikymo srityje). Taigi privatus asmenys ja gali remtis prieš kitus privačius asmenis, siekdami „užkirsti kelią“ prieštaraujančiai nacionalinės teisės nuostatai arba kad nacionalinis teismas jos „netaikytų“, ją „panaikintų“ arba „atsisakytų taikyti“.

126. Taigi Sprendime *Egenberger* patvirtintas Sąjungos pirminės teisės, būtent Chartijos 21 straipsnio 1 dalies, viršenybės principas horizontalaus ginčo atveju, kai antrinės teisės aktas yra direktyva, o ją atitinkantis aiškinimas negalimas.

127. Vis dėlto Sprendime *Egenberger* išsamiau nenagrinėtos pasekmės, kylančios tokiais atvejais. Visų pirma reikia konstatuoti, kad nurodytame sprendime (arba bet kuriuose kituose pirmesniame skirsnyje nurodytuose sprendimuose) nėra jokios nuostatos, kuri patvirtintų, kad Chartijos 21 straipsnio 1 dalis yra „tiesioginio horizontalaus veikimo“, t. y. pati savaime galinti būti savarankiškas teisių, dėl kurių kitam asmeniui privatinės teisės reglamentuojamame ginče kyla atitinkamos pareigos, šaltinis. Be to, remiantis nurodytu sprendimu ar bet kokia kita nurodyta jurisprudencija, negalima daryti išvados, kad rėmimasis 21 straipsnio 1 dalimi ir išvada dėl nesuderinamumo neišvengiamai lemia tam tikrą teisių gynimo priemonę.

60 2018 m. balandžio 17 d. Sprendimas *Egenberger* (C-414/16, EU:C:2018:257, 81 punktas).

61 2018 m. balandžio 17 d. Sprendimas *Egenberger* (C-414/16, EU:C:2018:257, 79 punktas).

62 2014 m. sausio 1 d. Sprendimas *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2014:2).

63 2002 m. kovo 11 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva dėl bendros darbuotojų informavimo ir konsultavimosi su jais sistemos sukūrimo Europos bendrijoje (OL L 80, 2002, p. 29; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 5 sk., 4 t., p. 219).

64 2014 m. sausio 15 d. Sprendimas *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2014:2, 47 punktas). Išskirta mano.

65 2014 m. sausio 15 d. Sprendimas *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2014:2, 49 punktas).

128. Iš tiesų šioje jurisprudencijoje pakartojama bendra taisyklė, pagal kurią nacionaliniai teismai „turi užtikrinti privačių asmenų teisminę gynybą, jiems suteiktą pagal Sąjungos teisės nuostatas, ir visišką šių nuostatų veiksmingumą“ (netaikydami prieštaraujančios nacionalinės teisės)⁶⁶, arba nurodoma, kad nacionalinis teismas privalo „užtikrinti, kad [būtų] laikomasi <...> nediskriminavimo principo“⁶⁷ arba kad negalima atsisakyti suteikti asmeniui galimybę naudotis aiškinimu, pagal kurį draudžiama ginčijama nacionalinė nuostata⁶⁸.

129. Taigi, yra aiškiai įrodyta, kad abstrakčios suderinamumo, atsižvelgiant į Chartijos 21 straipsnio 1 dalį, siejamą su Direktyva 2000/78, kontrolės, kaip antai atliktos atsakant į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo pirmąjį klausimą, pasekmė gali būti prieštaraujančios nacionalinės teisės nuostatos panaikinimas. Taip yra dėl Sąjungos teisės viršenybės, kurios klausimas taip pat gali kilti nagrinėjant privačių šalių ginčą.

130. Dėl kitame skirsnyje išdėstytų priežasčių siūlau Teisingumo Teismui remtis tokiu požiūriu. Kai jam pateikiamas konkretus klausimas dėl *konkrečių praktinių padarinių šalims*, jei nacionalinė teisė iš tiesų būtų panaikinta, siūlyčiau, be kita ko, svarstyti ne Chartijos nuostatų tiesioginį horizontalų veikimą (2), o daugiau dėmesio skirti teisių gynimo priemonių klausimui (3).

2. „Tiesioginis horizontalus veikimas“

131. Pripažinimas, kad Chartijos 21 straipsnio 1 dalis yra tiesioginio horizontalaus veikimo, reikštų, kad asmenys galėtų įrodyti, *tiesiogiai remdamiesi šia nuostata*, kitų (nevalstybinių) privačių šalių teises ir *atitinkamas pareigas*, neatsižvelgiant į tai, ar yra ir (arba) nurodoma antrinė teisė. Atsižvelgiant į tai, nuostata, turinti tiesioginį poveikį, savaime yra pakankamai aiški, tiksli ir besąlygiška, kad ja būtų galima remtis teisme esant horizontaliems santykiams.

132. Man sunku pripažinti, kad Chartijos 21 straipsnio 1 dalies nuostatos atitinka šiuos reikalavimus atsižvelgiant į šios bylos kontekstą (a), taip pat, ar juos atitinka kitos Chartijos nuostatos bendrai (b). Tačiau tai nepašalina galimybės taikyti Chartijos nuostatų ir pripažinti jų svarbą tokiais atvejais, kokie nagrinėjami šioje byloje, tačiau kitu būdu (c).

a) Chartijos 21 straipsnio 1 dalies tiesioginis horizontalus veikimas

133. Taikant tam tikrą požiūrį, žinoma, būtų galima teigti, kad nuostata, pagal kurią draudžiama diskriminacija dėl religijos, abstrakčiai vertinant, yra pakankamai aiški, tiksli ir besąlygiška. Besąlygiškai ir aiškiai neturi būti jokios diskriminacijos dėl religijos.

134. Vis dėlto, taip abstrakčiai vertinant, bet kuri Sąjungos teisės nuostata galėtų būti tiesioginio veikimo. Todėl tradicinis tiesioginio veikimo vertinimo kriterijus yra kitoks: ar konkrečios nuostatos turinys yra pakankamai aiškus ir tikslus, kad ja būtų galima remtis teisme konkrečioje byloje?

135. Ši byla yra geras šio sudėtingo klausimo ir „aiškios, tikslios ir besąlygiškos“ normos, leidžiančios pateikti atsakymą, nebuvimo pavyzdys. Ar teisė į apmokamą švenčių dieną (ir pareiga suteikti šią dieną) kyla iš Chartijos 21 straipsnio 1 dalies? Ar ši švenčių diena turėtų būti suteikta Didįjį penktadienį, ar kitą nustatytą dieną? Ar vienintelis galimas atlyginimas galėtų būti tik piniginis, pavyzdžiui, teisė į papildomą darbo užmokestį, kompensaciją arba nuostolių atlyginimą (atitinkamai darbdaviui nustatant mokėjimo pareigą)?

66 2016 m. balandžio 19 d. Sprendimas *DI* (C-441/14, EU:C:2016:278, 29 arba 35 punktai).

67 2010 m. sausio 19 d. Sprendimas *Kücükdeveci* (C-555/07, EU:C:2010:21, 56 punktas) ir 2016 m. balandžio 19 d. Sprendimas *DI* (C-441/14, EU:C:2016:278, 35–37 punktai).

68 2016 m. balandžio 19 d. Sprendimas *DI* (C-441/14, EU:C:2016:278, 41 punktas).

136. Manau, kad Chartijos 21 straipsnio 1 dalies lakoniška formuluotė negali būti aiškinama taip, kad joje yra atsakymai į šiuos klausimus. Vis dėlto nacionalinis teismas, „netaikydamas“ neteisėtos nacionalinės teisės nuostatos, neišvengiamai su jais susidurs, kaip ir šiuo atveju.

137. Neabejodamas pripažįstu, kad būdvardžiai „aiškus, tikslus ir besąlygiškas“ nereiškia, kad kiekvienas teisės aspektas yra aiškiai iš anksto nustatytas teisės aktuose. Toks scenarijus paprasčiausiai nėra tikroviškas. Tačiau tuo, kas liko neišspręsta, turi būti bent jau galima remtis teisme⁶⁹. Mano nuomone, nagrinėjamos teisės pobūdis (švenčių diena Didįjį penktadienį, viena konkrečiai nenustatyta apmokama švenčių diena, kompensacija, jei tokia švenčių diena nepasinaudojama), nėra tai, kuo galima būtų remtis teisme.

138. Iš esmės, manau, kad šiuo atveju turi būti nagrinėjamas ne Chartijos, siejamos su direktyva, „tiesioginio horizontalus veikimo“ klausimas. Dar kartą vertinant abstrakčiai, Chartijos 21 straipsnio 1 dalyje gali būti „aiškus, tikslus ir besąlygiškas“ nediskriminavimo reikalavimas, tačiau ne „aiškus, tikslus ir besąlygiškas“ praktinis reikalavimas. Mano nuomone, ketvirtasis nacionalinio teismo pateiktas klausimas neturėtų būti vertinamas atsižvelgiant į tiesioginį horizontalų veikimą. Tiesioginio horizontalaus veikimo, kaip aprašyta pirmiau, dėl kurio kyla *ypatingų* teisių (teisių į pinigų išmokėjimą, išmokas ir t. t.) ir atitinkamų pareigų, akivaizdžiai nėra.

b) Chartijos tiesioginio horizontalaus veikimo poveikis vertinant bendrai

139. Nepasiribojant konkrečiomis nagrinėjamos bylos aplinkybėmis ir tradicinių „tiesioginio veikimo“ vertinimo kriterijų taikymu Chartijos 21 straipsnio 1 daliai, iš esmės yra daugiau principinių argumentų, kodėl Chartijos nuostatų tiesioginis horizontalus veikimas būtų sudėtingas.

140. Pirma, pagal direktyvos 51 straipsnio 1 dalį, kaip ir direktyvas, priimtas pagal SESV 288 straipsnį, Chartija skirta ne privatiems asmenims, o valstybėms narėms ir ES institucijoms ir įstaigoms. Gali būti teigiama, kad šis (lingvistinis) argumentas nėra labai stiprus, nes iš tiesų svarbūs Chartijos *horizontalaus veikimo* aspektai jau buvo išsamiai apibūdinti⁷⁰. Vis dėlto egzistuoja didelis kokybinis skirtumas tarp teiginio, kad teisių deklaracija gali būti naudojama kaip suderinamumo kontrolės pagrindas ir ja remiantis gali būti netaikomi jai prieštaraujantys teisės aktai, taip pat, kad ji gali būti ES teisę atitinkančio aiškinimo šaltinis, taikomas horizontalioms situacijoms, ir teiginio, kad šios teisių deklaracijos nuostatos yra *tiesioginių pareigų šaltinis* privatiems asmenims, neatsižvelgiant į esamas teisės nuostatas ar į jų nebuvimą. Tai yra priežastis, dėl kurios, mano žiniomis, tam tikrose teisės sistemose nacionalinė teisių deklaracija atlieka būtent šias dvi funkcijas, jose taip pat gali būti nustatytos pozityvios pareigos, kurias turi prisiimti valstybė. Tačiau net jei pagrindinės teisės taikomos privatinės teisės reglamentuojamiems santykiams, šios teisės visiškai pagrįstai nepripažįstamos tiesiogiai taikytinomis.

69 Tai suteikia tiesioginį poveikį taip pat nuostatoms, suformuluotoms gana abstrakčiai (pvz., normai, kad apskundimo procedūros dėl tam tikrų sprendimų, priimtų taikant Direktyvą dėl poveikio aplinkai vertinimo (1985 m. birželio 27 d. Tarybos direktyvą 85/337/EEB dėl tam tikrų valstybės ir privačių projektų poveikio aplinkai vertinimo, OL L 175, 1985, p. 40; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 15 sk., 1 t., p. 248), teisėtumo išlaidos neturi būti atgrasomosios), bet ir aiškiai detalai, atsižvelgiant į jų apimtį ir taikymo sritį, taip pat praktinius rezultatus, kurių turi būti pasiekta, dėl antrinės teisės akto, kurio dalis jos yra, struktūros; žr. mano neseniai pateiktą išvadą byloje *Klohn* (C-167/17, EU:C:2018:387, 33–55 punktai).

70 Šios išvados 125–129 punktai.

141. Antra, tokio apribojimo priežastis, be abejo, nėra siekio veiksmingai apsaugoti pagrindines teises nebuvimas. Veikiau tai poreikis užtikrinti nuspėjamumą, teisinį saugumą ir (konstituciniu lygmeniu) valdžių padalijimą. Teisių deklaracijos paprastai yra gana abstrakčios, todėl miglotos, tokia yra ir Chartija. Paprastai reikalingi papildomi teisės aktai, kad būtų galima jomis remtis teisme. Jei šios nuostatos savaime būtų tiesioginio horizontalaus veikimo privačių asmenų teisių ir pareigų atžvilgiu, būtų sudarytos sąlygos kraštutinių formų teismų kūrybiškumui⁷¹.

142. Trečia, kadangi teisių ir pareigų, kylančių iš Chartijos, turinys nėra aiškus, gali būti naudinga ieškoti atsakymų atitinkamuose antrinės teisės aktuose. Vertindamas nacionalinės teisės suderinamumą su Chartijos nuostatomis (viršenybės principas) Teisingumo Teismas iš esmės nurodo Chartijos nuostatų ir bendrųjų principų taikymą, vartodamas žodžių junginius „atsižvelgiant į“ antrinės teisės aktus arba „siejamos su“ antrinės teisės aktais⁷². Atrodo, kad vis daugėja Teisingumo Teismo jurisprudencijos, kuri veiksmingai įtraukia (dažnai sudėtingų) direktyvų turinį į Chartijos nuostatas, prieš pradėdamas taikyti šias Chartijos nuostatas horizontaliai⁷³.

143. Nėra jokios abejonės, kad kartais būtina atsižvelgti į antrinės teisės aktus, siekiant nustatyti, koks iš tiesų yra teisės arba bendrojo principo (priimtinas) turinys tam tikru momentu⁷⁴. Vis dėlto yra skirtumas tarp (kai kurių) antrinės teisės šaltinių kritinės lyginamosios analizės, kad būtų galima padaryti išvadą dėl bendros galimos tendencijos ir nekritinės tiesioginės direktyvos turinio „transliteracijos“ į Chartijos nuostatą.

144. Taikant pastarąjį požiūrį, kyla daug konstitucinių, taip pat praktinių problemų⁷⁵. Ar Chartijos nuostatų tiesioginis veikimas iš esmės priklauso nuo to, ar ir kokie buvo priimti antrinės teisės aktai tam tikroje srityje? Ar Chartijos tiesioginio veikimo (ne)buvimą netiesiogiai lemia ES teisės aktų leidėjas? Ar taip Chartija turėtų būti „dekonstitucionalizuota“? Užuoat buvusi antrinės teisės aktų kontrolės kriterijus, ar ji (jos turinys) turėtų būti nulemtas šių antrinės teisės aktų ir jie turėtų prieš ją dominuoti? Jei taip nėra arba iš tiesų jei *ne visada* taip yra, tuomet kada turėtų, o kada neturėtų būti?

145. Galiausiai būtent nuspėjamumo ir teisinio saugumo problema, prie kurios prisideda tam tikrų mano paties nustatytų apribojimų viršijimas, verčia pereiti prie paskutinio klausimo: jeigu iš tiesų tokį požiūrį Teisingumo Teismas taikytų ateityje, galbūt būtų tikslinga iš naujo apsvarstyti direktyvų tiesioginio horizontalaus veikimo klausimą. Vis daugiau abejonių kelia požiūris, pagal kurį oficialiai atkakliai neigiamas bet koks direktyvų tiesioginis horizontalus veikimas ir verčiamasi iš kailio siekiant užtikrinti, kad toks apribojimas neturėtų jokių praktinių pasekmių, pavyzdžiui, direktyvos turinį įtraukiant į Chartijos nuostatą.

71 Būtent dėl to dar 1929 m. Hans H. Kelsen, kuris dažnai nurodomas kaip šiuolaikinio konstitucinio teisingumo „tėvas“, tačiau veikiausiai būtų gerokai nustebęs, jei būtų pamatęs jo dabartinį turinį, nenorėjo priskirti „überpositiver Normen“, prie kurių jis taip pat priskyrė pagrindines teises, tiesioginio taikymo, išpėdamas, kad tai suteiktų tokiam Konstituciniam Teismui galios monopolį valstybės struktūroje – Kelsen, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5. Berlin und Leipzig, de Gruyter & Co., 1929, p. 69 ir 70.

72 2018 m. balandžio 17 d. Sprendimas *Egenberger* (C-414/16, EU:C:2018:257), aptartas šios išvados 122 punkte. Taip pat žr. 2010 m. sausio 19 d. Sprendimą *Küküçkdeveci* (C-555/07, EU:C:2010:21), susijusį su nediskriminavimo dėl amžiaus principu, „sukonkretintu“ Direktyvoje 2000/78.

73 Tai, pavyzdžiui, neseniai padarė mano gerbiamasis kolega generalinis advokatas Y. Bot, kuris pasiūlė Teisingumo Teismui į Chartijos 31 straipsnio 2 dalį įtraukti atitinkamas 2003 m. lapkričio 4 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2003/88/EB dėl tam tikrų darbo laiko organizavimo aspektų (OL L 299, 2003, p. 9; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 5 sk., 4 t., p. 381) nuostatas. Savo išvadoje jis rėmėsi Chartijos paaiškinimais, pagal kuriuos šios Chartijos 31 straipsnio 2 dalis „pagrįsta Direktyva 93/104/EB“ (kodifikuota Direktyva 2003/88); žr. generalinio advokato Y. Bot išvadą sujungtose bylose *Bauer* ir *Broßonn* (C-569/16 ir C-570/16, EU:C:2018:337, 86 punktas).

74 Dėl išsamios ir subalansuotos analizės, žr. 2009 m. spalio 15 d. Sprendimą *Audiolux ir kt.* (C-101/08, EU:C:2009:626).

75 Dėl išsamios diskusijos šiuo klausimu žr. generalinio advokato V. Trstenjak išvadą byloje *Dominguez* (C-282/10, EU:C:2011:559).

c) Nėra tiesioginio horizontalaus veikimo, tačiau yra (reikšmingas) poveikis

146. Tai, kad Chartijos 21 straipsnio 1 dalis (ir, be kita ko, kitos nuostatos) nėra tiesioginio *horizontalaus* veikimo, nereiškia, kad ji neturi horizontalaus poveikio. Kaip tik yra atvirkščiai. Tačiau šis poveikis yra kitokio pobūdžio. Atsižvelgiant į nacionalinę teisę, Chartija yra: i) aiškinimo priemonė, taikoma siekiant užtikrinti, kad nacionalinės teisės aiškinimas atitiktų Sąjungos teisę; ii) ES ir nacionalinės teisės nuostatų atitikties vertinimo kriterijus, kuri taikant galėtų kilti tokių pasekmių: kai nacionalinės teisės nuostatos (taikomos valstybėms narėms veikiant Sąjungos teisės taikymo srityje) yra nesuderinamos su Chartija, nacionalinis teismas privalo jų netaikyti net privačių asmenų ginčiuose. Tačiau ši pasekmė išplaukia iš Sąjungos teisės viršenybės, o ne iš Chartijos nuostatų horizontalaus tiesioginio veikimo. Naujų autonominių pareigų privatiems asmenims negalima sukurti remiantis *tik* Chartija.

147. Tiesa, prieštaraujančios nacionalinės teisės netaikymo savaime gali nepakakti, kad nedelsiant būtų užtikrinta šalių apsauga. Nagrinėjamu atveju taip ir yra. Netaikymas reiškia neteisėtos nacionalinės teisės nuostatos pašalinimą. Išskyrus atvejus, kai taikomas pavienis, būtų galima sakyti net įmantrus ir, be to, pavojingas sąvokos „netaikymas“ aiškinimas (įskaitant, pavyzdžiui, selektyvų tam tikrų žodžių išbraukimą iš neteisėtos nuostatos formuluotės)⁷⁶, neteisėtos nuostatos netaikymas nagrinėjamu atveju reikštų visos Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 7 punkto 3 papunkčio netaikymą. Tai reikštų, kad nuo to momento, kai teismas paskelbs jį nesuderinama, niekas negalės turėti švenčių dienos Didįjį penktadienį.

148. Alternatyvus požiūris būtų manyti, kad egzistuoja tiesiogiai horizontaliai veikianti teisė nebūti diskriminuojamam ir kad ši teisė apima teisę naudotis tokiomis pačiomis teisėmis ir lengvatomis, kuriomis naudojasi privilegijuota grupė (suvienodinimas pagerinant padėtį), arba teisė į tai, kad su toje pačioje situacijoje esančiais asmenimis elgiamasi taip pat blogai (suvienodinimas pabloginant padėtį). Toks požiūris iš tiesų atsispindi ketvirtajame nacionalinio teismo klausime. Tačiau darant prielaidą, kad pasirinktas suvienodinimo pagerinant padėtį sprendimas – grįšiu prie šio aspekto vėliau – juo remiantis negalima atsakyti į pirma pateiktus klausimus dėl teisių pobūdžio ir apimties.

149. Priešingai, mano manymu, klausimas turėtų būti suprantamas kaip siekis gauti paaiškinimų dėl *konkrečių teisių gynimo priemonių*, kurios turi būti prieinamos tokiu atveju, kaip nagrinėjamas, o ne kaip neaiškus konkrečių teisių rinkinys (teisių į atostogas, kompensacijas ar kt.). Toks požiūris iš tiesų taikytas sprendimuose *Mangold*, *Kükükdeveci*, *DI* ir *Egenberger*, kuriuose patvirtinamas neteisėtos nacionalinės nuostatos netaikymas ir teisės į veiksmingą teisių gynimo priemonę buvimas (o ne Chartijos „tiesioginis horizontalus veikimas“). Tačiau, kadangi šioje byloje keliamas faktinių netaikymo pasekmių klausimas, Teisingumo Teismo požiūris turi būti aiškus, kiek tai susiję su šiuo skirtumu. Dabar išnagrinėsiu šį klausimą.

⁷⁶ Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 7 punkto 3 papunktis suformuluotas taip: „Evangelikų liuteronų, Evangelikų reformatų, Senkatalikių ir Metodistų bažnyčių nariams Didysis penktadienis taip pat yra švenčių diena“. „Netaikyti“ tik atskirų šios nuostatos žodžių, reikštų, pavyzdžiui, išbraukti sakinio veikėją, pvz., nuorodą į keturių bažnyčių narius (taip švenčių diena Didįjį penktadienį arba kompensacija už ją būtų suteikta visiems asmenims) arba išbraukti nuorodą į keturių bažnyčių narius ir į Didįjį penktadienį (taip švenčių diena būtų suteikta nenumatant konkrečios datos – toks iš tikrųjų yra Komisijos pasiūlymas). Tačiau, be abejonės, vis dar turėtų išlikti skirtumas tarp neteisėtos nacionalinės teisės nuostatos netaikymo ir teismo *Scrabble* žaidimo, kai galima sukurti bet kurią nuostatą paprastai pakeičiant iš esamo teisės akto išrinktą tam tikrų žodžių kombinaciją.

3. Teisių gynimo priemonės

150. Iš Chartijos 21 straipsnio 1 dalies neišplaukia konkrečios darbdavio ir darbuotojo teisės ir (arba) pareigos. Nepaisant to, nacionaliniai teismai turi užtikrinti privačių asmenų teisinę gynybą, jiems suteiktą pagal Sąjungos teisės nuostatas, ir užtikrinti šių nuostatų veiksmingumą⁷⁷. Vadovaujantis veiksmingos teisminės gynbos principu turi būti prieinama *teisių gynimo priemonė, kad būtų panaikinta diskriminacija*⁷⁸.

151. Nesant ES teisės aktų šioje srityje, kiekviena valstybė narė savo nacionalinės teisės sistemoje turi paskirti kompetentingus teismus ir nustatyti išsamias ieškinių, skirtų užtikrinti iš ES teisės kylančių privačių asmenų teisių apsaugai, nagrinėjimo procesines nuostatas. Valstybės narės privalo užtikrinti, kad šios teisės būtų veiksmingai apsaugomos kiekvienu atveju⁷⁹, ir taip laikytis lygiavertiškumo ir veiksmingumo principų⁸⁰.

152. Teisingumo Teismas vis dėlto galėtų pateikti gaires, ką reiškia teisė į veiksmingą teisinę gynybą tokiu atveju, kaip nagrinėjamas šioje byloje. Teisingumo Teismas gali padėti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui atsakyti į du klausimus: pirma, ar teisių gynimo priemonė reiškia suvienodinimą pagerinant padėtį, ar ją pabloginant (a), ir, antra, prieš ką turi būti ši priemonė nukreipta (b).

153. Manau, kad tokiose bylose, kaip ši, kuriose nagrinėjamas privačių šalių ginčas, o diskriminacijos šaltinis yra nacionalinės teisės aktai, ir jis nustatytas atsižvelgiant į Chartijos 21 straipsnio 1 dalį (taikant abstrakčią suderinamumo kontrolę, kaip nurodyta nagrinėjant pirmąjį klausimą, kartu su Direktyva 2000/78), pagal Sąjungos teisę nereikalaujama, kad ieškinys būtų pareikštas *darbdaviui*. Vis dėlto pagal Sąjungos teisę reikalaujama užtikrinti, kad nukentėjęs asmuo galėtų pareikšti ieškinį dėl žalos atlyginimo *valstybei*.

154. Prieš pereidamas prie išsamesnės šių klausimų analizės išnagrinėsiu „suvienodinimo pagerinant padėtį“ ir „suvienodinimo pabloginant padėtį“ klausimą.

a) Suvienodinimas pagerinant padėtį ir suvienodinimas pabloginant padėtį

155. Ketvirtajame klausime nacionalinis teismas siūlo du galimus diskriminacijos panaikinimo sprendimus: suvienodinimą pagerinant padėtį ar suvienodinimą pabloginant padėtį.

156. Norėčiau patikslinti, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo klausimas susijęs tik su „pereinamuoju laikotarpiu“, t. y. laikotarpiu po nesuderinamumo pripažinimo, bet iki nacionalinės teisės aktų leidėjo naujos tvarkos nustatymo. Kiek tai susiję su šiuo laikotarpiu, klausimas dėl suvienodinimo pagerinant padėtį ar ją pabloginant iš tiesų atviras.

77 Žr. 2004 M. spalio 5 d. Sprendimą *Pfeiffer ir kt.* (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, 111 punktas). Taip pat žr. 2008 m. balandžio 15 d. Sprendimą *Impact* (C-268/06, EU:C:2008:223, 42 punktas).

78 2007 m. kovo 13 d. Sprendimas *Unibet* (C-432/05, EU:C:2007:163, 37 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

79 Visų pirma žr. 1985 m. liepos 9 d. Sprendimą *Bozzetti* (179/84, EU:C:1985:306, 17 punktas); 1996 m. sausio 18 d. Sprendimą *SEIM* (C-446/93, EU:C:1996:10, 32 punktas) ir 1997 m. rugsėjo 17 d. Sprendimą *Dorsch Consult* (C-54/96, EU:C:1997:413, 40 punktas).

80 Žr. 1976 m. gruodžio 16 d. Sprendimą *Rewe-Zentralfinanz ir Rewe-Zentral* (33/76, EU:C:1976:188, 5 punktas); 1976 m. gruodžio 16 d. Sprendimą *Comet* (45/76, EU:C:1976:191, 13–16 punktai); 1995 m. gruodžio 14 d. Sprendimą *Peterbroeck*, (C-312/93, EU:C:1995:437, 12 punktas); 2007 m. kovo 13 d. Sprendimą *Unibet* (C-432/05, EU:C:2007:163, 43 punktas) ir 2007 m. birželio 7 d. Sprendimą *van der Weerd ir kt.* (C-222/05–C-225/05, EU:C:2007:318, 28 punktas).

157. Atvirksčiai tokio klausimo nekyla dėl ankstesnio laikotarpio, t. y. ankstesnių metų, kuriais kompensacija buvo mokama tik atrinktai grupei, su sąlyga, kad dėl šių laikotarpių dar nėra suėjęs senaties terminas pagal nacionalinės teisės normas. Šių laikotarpių atžvilgiu vienintelis būdas atlyginti už patirtą diskriminaciją yra suvienodinimas pagerinant padėtį. Privilegijuotos grupės privilegijos negali būti panaikintos atgaline data dėl teisėtų lūkesčių ar veikiau jau įgytų teisių apsaugos. Taigi vienintelis realus būdas atlyginti tuo laikotarpiu patirtą diskriminaciją yra vienodos išmokos suteikimas visiems (klausimas, kas turi mokėti ir kodėl, bus aptartas kitame skirsnyje).

158. Taigi grįžkime prie pereinamojo laikotarpio: dėl šio laikotarpio Komisija taip pat mano, kad tinkamas sprendimas būtų suvienodinti pagerinant padėtį. Grįsdami šį argumentą ieškovas ir Komisija rėmėsi jurisprudencija, be kita ko, sprendimais *Milkova*, *Specht* ir *Landtová*⁸¹.

159. Iš tikrųjų šiose bylose Teisingumo Teismas konstatavo, kad „Sąjungos teisei prieštaraujančios diskriminacijos atveju tol, kol nėra priimtos vienodą požiūrį atkuriančios priemonės, lygybės principo laikymasis gali būti užtikrintas tik neprivilegijuotai kategorijai priklausantiems asmenims suteikiant tas pačias privilegijas kaip ir priklausantiems privilegijuotai kategorijai. Siekiant teisingai taikyti Sąjungos teisę, tokia tvarka yra vienintelė, kuria galima remtis“⁸².

160. Tai reiškia, kad tuo atveju, kai prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas susiduria su diskriminacijos, kylančios iš teisės akto, klausimu, prieštaraujančios nacionalinės teisės nuostatos panaikinimo neišvengiama pasekmė yra „suvienodinimas pagerinant padėtį“, kol bus priimtas nediskriminuojantis teisės aktas (kuriuo potencialiai galėtų būti įgyvendinta suvienodinimo pabloginant padėtį taisyklė)⁸³.

161. Šiuo klausimu pateiksiu toliau nurodytas pastabas.

162. Pirma, pagal viršenybės, taip pat Chartijos, principą reikalaujama, kad nacionalinės teisės nuostata, nesuderinama su Sąjungos teise, būtų panaikinta. Tai reiškia, kad neteisėta nuostata turėtų išnykti iš nacionalinės teisės sistemos, jeigu ji prieštarauja Sąjungos teisei. Logiška, kad išnykusi nuostata nebegali būti niekam taikoma. Tačiau stebuklingai nuostata, kuri panaikinta, dėl to, kad buvo taikoma tik tam tikriems asmenims, nedelsiant atkuriamą tam, kad būtų taikoma visiems. Šį paradoksą, kuris yra suvienodinimo pagerinant padėtį sprendimo pasekmė, reikia suvokti prieš jį išsprendžiant.

163. Antra, vertinant bendrai, suvienodinimas pagerinant padėtį kaip laikina *teisių gynimo priemonė* (priešingai nei tiesioginio horizontalaus veikimo teisė) būtų tinkamesnis sprendimas, ypač atsižvelgiant į privilegijuotos grupės teisėtus lūkesčius. Tačiau didžiausia problema – dar kartą konkretūs dalykai (arba bent praktinis taikymas). Sudėtingiausios bylos yra susijusios su nepiniginėmis išmokomis. Šioje byloje Komisija savo rašytinėse pastabose tvirtino, kad Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 7 punkto 3 papunkčiu galėtų būti sukuriama diskriminacija suteikiant laisvą dieną Didįjį penktadienį tik tam tikroms religinėms grupėms. Tačiau Komisija nesilūdo suteikti švenčių dieną – Didįjį penktadienį – visiems. Komisija pasiūlė teismui performuluoti nuostatą, kad kiekviena darbuotojas galėtų pasinaudoti apmokama laisva diena, kad švenštų „ypač svarbią“ religinę šventę, kurią pats pasirinktų. „Suvienodinimas pagerinant padėtį“ skamba gerai (bent jau anglų kalba), tačiau jo praktinis taikymas itin sudėtingas, jame slypi net savavališkumas; jis nenusileidžia jau nagrinėtam klausimui dėl tiesioginio horizontalaus veikimo.

81 2011 m. birželio 22 d. Sprendimas *Landtová* (C-399/09, EU:C:2011:415); 2014 m. birželio 19 d. Sprendimas *Specht ir kt.* (C-501/12-C-506/12, C-540/12 ir C-541/12 EU:C:2014:2005) ir 2017 m. kovo 9 d. Sprendimas *Milkova* (C-406/15, EU:C:2017:198).

82 2011 m. birželio 22 d. Sprendimas *Landtová* (C-399/09, EU:C:2011:415, 51 punktas); 2014 m. birželio 19 d. Sprendimas *Specht ir kt.* (C-501/12-C-506/12, C-540/12 ir C-541/12, EU:C:2014:2005, 95 punktas) ir 2017 m. kovo 9 d. Sprendimas *Milkova* (C-406/15, EU:C:2017:198, 67 punktas). Išskirta mano.

83 Žr. 1999 m. vasario 9 d. Sprendimą *Seymour-Smith ir Perez* (C-167/97, EU:C:1999:60).

164. Trečia, keliuose Teisingumo Teismo sprendimuose nurodyti „suvienodinimo pagerinant padėtį“ principo variantai. Tačiau kiekviena iš šių bylų turi skiriamųjų požymių. Du iš jų itin svarbūs, t. y. *diskriminacijos šaltinis* ir *atsakovo tapatybė*.

165. Šiuo klausimu pažymėtina, kad visose bylose, kuriomis rėmėsi šalys, siekdamos pagrįsti suvienodinimo pagerinant padėtį principo taikymą⁸⁴, diskriminacijos šaltinis buvo nacionalinė teisė, o *atsakovas valstybė* (ginčo dalykas pinigine išmoka)⁸⁵. Tai, mano nuomone, pats paprasčiausias derinys (ir iš tiesų dažniausiai pasitaikantis Teisingumo Teismo jurisprudencijoje)⁸⁶. Galiausiai valstybė narė turi „sumokėti“ už diskriminaciją, kurią lėmė teisės aktai. Toks rezultatas aiškiai matyti iš Sprendimo *Francovich* ir vėlesnės juo pagrįstos jurisprudencijos. Iš esmės sukurti apsaugos sistemą yra valstybės pareiga.

166. Taip pat yra bylų, kuriose Teisingumo Teismas rėmėsi suvienodinimo pagerinant padėtį principu, nagrinėdamas privačių asmenų ginčą. Vis dėlto toks principas taikytas tik nedaugelyje bylų dėl diskriminacijos, susijusios su pensija⁸⁷ ar darbo užmokesčiu⁸⁸, kuri paprastai priskiriama *darbdaviui* (jos nelėmė teisės aktai). Spręsdamas privačių asmenų ginčus, susijusius su tariama diskriminacija, užuot pasiūlęs suvienodinimą pagerinant padėtį kaip bendrą sprendimą, Teisingumo Teismas daugiausia dėmesio skyrė bendro pobūdžio reikalavimui užtikrinti veiksmingas teisių gynimo priemonės ir sankcijas⁸⁹.

167. Ketvirta, nesant specialių papildomų priežasčių, pavyzdžiui, žmogaus orumo arba teisėtų lūkesčių, dėl kurių būtų užkertamas kelias nagrinėjamu atveju pereinamuoju laikotarpiu pasirinkti suvienodinimą pabloginant padėtį, nematau jokie principinio argumento, kodėl sistemingai ir visais diskriminacijos atvejais suvienodinimas pabloginant padėtį turėtų būti *per se* atmetamas. Tai juo labiau taikytina tais atvejais, kai privilegijuotai grupei suteikiama nauda nėra pasikartojanti arba, jeigu ji pasikartojanti, nėra sukuriama priklausomybės ryšys (pavyzdžiui, reguliariai mokamos socialinio draudimo išmokos).

168. Kalbant apie nagrinėjamą bylą: kokia būtų konkreti (papildoma) priežastis, kuria remiantis galima būtų daryti išvadą, kad prieštaraujanti nuostata turi būti „panaikinta“, pakeisti išvada, kad jos taikymo sritį reikėtų išplėsti 50 kartų⁹⁰?

169. Kilni proklamacija, kad visiems būtų geriau, galbūt suteikia asmeninį pasitenkinimą, tačiau teisiškai visiškai neadekvati, neatsižvelgiant į ekonominį tvarumą⁹¹. Norėčiau pažymėti, jog akivaizdu, kad diskriminacijos negalima pateisinti remiantis vien ekonominiais argumentais. Tačiau tai savaime neužtikrina suvienodinimo pagerinant padėtį pozityvaus pateisinimo.

84 Šios išvados 81 išnaša.

85 Pakeičiama išmoka *par excellence*, kitaip nei, pvz., teisė į atostogas ar teisė būti įdarbintam.

86 Kiti sprendimai, pakartojantys „*Landtová, Specht ir kt. ir Milkova variantus*“ taikant suvienodinimo pagerinant padėtį principą, taip pat susiję su valstybe kaip atsakove – žr. 2002 m. gruodžio 12 d. Sprendimą *Rodríguez Caballero* (C-442/00, EU:C:2002:752 42 punktas); 2007 m. birželio 21 d. Sprendimą *Jonkman ir kt.* (C-231/06-C-233/06, EU:C:2007:373, 39 punktas); 2015 m. sausio 28 d. Sprendimą *Starjakob* (C-417/13, EU:C:2015:38, 46 punktas); 2018 m. kovo 14 d. Sprendimą *Stollwitzer* (C-482/16, EU:C:2018:180, 30 punktas). Žr. taip pat griežčiau suformuluotus variantus, pavyzdžiui, susijusius su diskriminacija dėl darbo užmokesčio: 1991 m. vasario 7 d. Sprendimą *Nimz* (C-184/89, EU:C:1991:50, 18 punktas) ir 1997 m. balandžio 17 d. Sprendimą *Evrenopoulos* (C-147/95, EU:C:1997:201, 42 punktas). Diskriminacija dėl kolektyvinių sutarčių taip pat pasitaiko dažnai ir prilyginama diskriminacijai, kurią lėmė teisės aktai; Teisingumo Teismas taiko bendriau suformuluotą suvienodinimo pagerinant padėtį principo variantą – žr., pvz., 2003 m. kovo 20 d. Sprendimą *Kutz-Bauer* (C-187/00, EU:C:2003:168, 72 punktas).

87 Žr. 1994 m. rugsėjo 28 d. Sprendimą *van den Akker* (C-28/93, EU:C:1994:351); 1994 m. rugsėjo 28 d. Sprendimą *Coloroll Pension Trustees* (C-200/91, EU:C:1994:348) ir 1994 m. rugsėjo 28 d. Sprendimą *Avdel Systems* (C-408/92, EU:C:1994:349), kuris taip pat buvo susijęs su nevalstybine pensijų sistema, bet buvo „nesutartinė“ pensija, nes pensijos inaišai į ją buvo daromi vietoj inaišų į valstybinę pensijų sistemą.

88 1976 m. balandžio 8 d. Sprendimas *Defrenne* (43/75, EU:C:1976:56).

89 1984 m. balandžio 10 d. Sprendimas *Harz* (79/83, EU:C:1984:155) ir 1990 m. lapkričio 8 d. Sprendimas *Dekker* (C-177/88, EU:C:1990:383).

90 Norėčiau atkreipti dėmesį į tai, kad savo žodinėse pastabose Komisija siūlė išplėsti Didžiojo penktadienio švenčių dieną / kompensaciją, kuriomis naudojasi keturių bažnyčių nariai (apie 2 % gyventojų), visiems Austrijos darbuotojams, taip pat Jom Kipuro šventės atveju.

91 Vykstant teismo posėdžiui nurodyta, kad kompensacijos už Didįjį penktadienį mokėjimo išplėtimas visiems darbuotojams kainuotų 600 mln. EUR per metus (panaši suma susidarytų Jom Kipuro atveju).

170. Keturių bažnyčių narių religijos laisvės apsauga taip pat nedavė įtikinamų rezultatų. Šiuo klausimu pažymiu, kad Darbuotojų poilsio ir atostogų įstatymo 8 punktą nustato rūpestingumo pareigą darbdaviams, pagal kurią reikalaujama, kad jie tinkamai atsižvelgtų į darbuotojų poreikius atlikti religines apeigas. Jeigu to pakanka kitų mažumų religijų atstovams Austrijoje, kiek tai susiję su jų religinėmis šventėmis, kodėl negalėtų pakakti keturių narių bažnyčių nariams? Atvirkščiai, neaišku, kaip „suvienodinimas pagerinant padėtį“, pavyzdžiui, mokant dvigubą darbo užmokestį visiems Austrijos darbuotojams ar suteikiant jiems poilsio dieną Didįjį penktadienį, sustiprintų religijos laisvės apsaugą.

171. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, manau, kad šioje byloje atsakant prašymą prejudicinių sprendimą pateikusiam teismui negali būti tiesiog patvirtinta, kad „suvienodinimas pagerinant padėtį“ yra vienintelis teisingas sprendimas. Tokį požiūrį Teisingumo Teismas taikė bylose prieš valstybę, visų pirma dėl socialinio draudimo išmokų, tačiau toks požiūris paprastai netaikomas horizontaliems ginčams. Be to, nagrinėjamu atveju toks atsakymas būtų pernelyg supaprastintas, slepiant tam tikrus sunkumus, kurie turi labai didelę praktinę reikšmę. Todėl manau, kad atskaitos taškas šiuo atveju turėtų būti Teisingumo Teismo jurisprudencija, susijusi su veiksmingomis teisių gynimo priemonėmis.

b) Veiksmingos teisių gynimo priemonės (ir atsakovo tapatybė)

172. Nors Chartijos 21 straipsnio 1 dalis nėra horizontaliai tiesiogiai veikianči, problemų keliančią nacionalinės teisės nuostatą reikia panaikinti (pirmasis klausimas). Klausimas dėl suvienodinimo pagerinant padėtį ir suvienodinimo pabloginant padėtį jau buvo aptartas. Šiame baigiamajame skirsnyje aptarsiu klausimą, kas turėtų atlyginti žalą. Iš esmės yra dvi galimybės: i) darbdavys (kuris gali pareikšti regresinį ieškinį valstybei) arba ii) valstybė (kuriai darbuotojas gali pareikšti ieškinį tiesiogiai). Mano nuomone, teisingas yra paskutinis atsakymas, t. y. valstybė.

i) Teisių gynimo priemonės, kuriomis galima pasinaudoti prieš darbdavį

173. Ar pagal teisę į veiksmingą teisių gynimo priemonę tokiais atvejais, kaip nagrinėjamas šioje byloje, kai ieškovas yra nukentėjęs nuo diskriminuojančio nacionalinės teisės akto, kurį taikė darbdavys, reikalaujama, kad darbuotojas turėtų teisių gynimo priemonę, kuria galėtų panaudoti prieš darbdavį?

174. Generalinis advokatas P. Cruz Villalón savo išvadoje byloje *AMS* aiškiai palaikė šią nuomonę. Jis manė, jog „pagrįsta, kad ieškinio dėl žalos atlyginimo našta tenka tam, kam buvo palankus neteisėtas elgesys, o ne teisės, atsiradusios dėl „principo“ turinio patikslinimo, turėtoju“⁹². Darbdavys, kuris būtų pripažintas atsakingu, savo ruožtu galėtų pareikšti regresinį ieškinį valstybei.

175. Jeigu neklystu, Teisingumo Teismas niekada tiesiogiai nenagrinėjo šio klausimo. Vis dėlto Sprendimas *DI* gali būti aiškinamas kaip nustatantis tokį reikalavimą⁹³.

176. Toks požiūris iš tiesų galėtų būti pateisinamas veiksminga darbuotojų apsauga. Darbuotojui gali būti pigiau ir greičiau (ir drąsiau) pareikšti ieškinį darbdaviui, o ne valstybei. Moraliniu požiūriu, darbuotojas nukentėjo dėl diskriminuojančio įstatymo ir nusipelno apsaugos. Kaip pažymėjo mano gerbiamas kolega generalinis advokatas P. Cruz Villalón, gali būti, kad darbdavys turėjo neteisėtos naudos dėl diskriminacijos ir ta nauda turi būti panaikinta. Apskritai tikėtina, kad darbdavys atlieka santykinės valdžios funkciją.

92 Išvada byloje *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2013:491, 79 punktą).

93 2016 m. balandžio 19 d. sprendimas (C-441/14, EU:C:2016:278, 42 punktą).

177. Taigi argumentai, pagrindžiantys, kad dėl diskriminacijos dėl darbo sąlygų visada turi būti nustatyta tiesioginė teisių gynimo priemonė, kuria galima pasinaudoti prieš darbdavį, iš esmės yra susiję su trimis aspektais: *šaltinis*, *kaltė* ir *nauda*, ir prie jų gali prisidėti *jėgos ir* (susijęs) *nelygybės* argumentas.

178. Apskritai šie argumentai, žinoma, galioja tam tikros rūšies diskriminacijai, t. y. diskriminacijai, dėl kurios bent iš dalies kaltas tam tikras darbdavys. Tačiau dėl jų atsiranda nemažai loginių sunkumų tokiu atveju, kaip nagrinėjamas, jei kyla privačių asmenų ginčas dėl diskriminacijos dėl religijos, tiesiogiai atsirandančios dėl nacionalinės teisės aktų.

179. Pirma, pažeidimo *šaltinis* šioje byloje yra nacionalinės teisės aktas. Darbdavys neturėjo tikros diskrecijos ar galios priimti sprendimų nepriklausomai. Jis tik taikė privalomus nacionalinės teisės aktus. Tokia situacija labai skiriasi nuo tų atvejų, kai Teisingumo Teismas reikalavo, kad būtų nustatytos teisių gynimo priemonės prieš darbdavį, tačiau ten diskriminacijos šaltinis taip pat buvo paties darbdavio sprendimai⁹⁴.

180. Antras sunkumas susijęs su *kaltės* aspektu. Už kokią kaltę darbdavys turi atsakyti? Galiojančių teisės aktų taikymas? Tais atvejais, kai Teisingumo Teismas pripažino, jog diskriminaciją lėmė darbdaviai, pažeisdami Sąjungos teisę, jis ne kartą yra pažymėjęs, kad už pažeidimą skirtos sankcijos turi būti veiksmingos, proporcingos ir *atgrasančios*⁹⁵. Išskyrus tuos atvejus, kai darbdaviai turi veikti kaip Konstitucijos laikymosi policininkai, turėdami pozityvią pareigą nustatyti ir aktyviai užginčyti nacionalinės teisės nuostatą, kuri, kaip jie mano, gali prieštarauti Chartijos nuostatomis, atgrasomojo tikslo ir (arba) poveikio nebelieka. Ar darbdavys kaltas dėl to, kad neginčijo nacionalinės teisės aktu suderinamumo su Chartijos 21 straipsnio 1 dalimi ir Direktyva 2000/78? Taigi praktiškai darbdavys būtų turėjęs numatyti ir paankstinti situaciją, kuri susiklostė po ilgos kelerių metų procedūros, dalyvaujant valstybės narės Aukščiausiajam Teismui, Teisingumo Teismo didžiajai kolegijai ir kitiems garsiems teisininkams ir teisėjams, pateikusiems savo nuomonę įvairiais etapais.

181. Trečia, taip pat nesuprantu, kokia būtų *nauda* darbdaviui, jeigu jis turėtų mokėti tam tikriems savo darbuotojams dvigubą darbo užmokestį ar net privalėtų suteikti apmokamą švenčių dieną Didįjį penktadienį. Išskyrus atvejį, kai tos pačios sumos nemokėjimas 98 % kitų darbuotojų būtų vertinamas kaip neteisėtai darbdavių gauta „nauda“, o toks aiškinimas labai ginčytinas, matau tik našta darbdaviui.

182. Ketvirta, dar vienas argumentas susijęs santykinio *trūkumu*. Šis argumentas, priešingai nei kiti trys, bent šiek tiek priimtinas. Jis net galėtų būti viršesnis už visus kitus aspektus: už nelygybę darbo santykiuose atsakyti visada turės darbdavys, kad ir kokios būtų aplinkybės.

183. Šiame argumente glūdi labai *ideologinis* rizikos ir išlaidų paskirstymo pasirinkimas⁹⁶. Be to, galima daryti prielaidą, kad ne visi darbdaviai Austrijoje ar kitoje Europos Sąjungos valstybėje narėje yra beveidės tarptautinės korporacijos. Daugelį įmonių valdo pavieniai asmenys arba nedidelis asmenų skaičius. Kodėl jie turėtų padengti trūkumą turinčio nacionalinės teisės akto taikymo išlaidas?

94 P vz., 1990 m. lapkričio 8 d. Sprendime *Dekker* (C-177/88, EU:C:1990:383) ieškovės kandidatūra buvo atmesta, nes ji buvo trečią mėnesį nėščia. Vis dėlto pagal nacionalinę teisę jos būklė buvo priskiriama „ligai“. Kadangi būsimas darbdavys žinojo apie jos „ligą“, jeigu būtų ją priėmęs į darbą, būtų turėjęs finansuoti jos motinystės atostogas be pagalbos iš valstybės, o to jis nenorėjo daryti. Taigi nacionalinės teisės aktuose buvo įtvirtinta (reikšminga) finansinė kliūtis nėščioms moterims įdarbinti. Tačiau taip pat buvo aišku, kad galutinį sprendimą, ar ir kaip taikyti diskriminacinio pobūdžio nacionalinės teisės aktą nagrinėjamu atveju turėjo priimti darbdavys.

95 1984 m. balandžio 10 d. Sprendimas *von Colson ir Kamann* (14/83, EU:C:1984:153). Teisingumo Teismas, konstatuodamas, kad pagal Sąjungos teisę reikalaujama, kad nacionalinės teisės aktuose būtų numatyti ieškiniai dėl žalos atlyginimo privatiems asmenims už Sąjungos teisės pažeidimą, primygtinai reikalavo, kad tokia teisių gynimo priemonė būtų numatyta kompensavimo ir atgrasymo tikslais. Žr. 2001 m. rugsėjo 20 d. Sprendimą *Courage ir Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465, 27 punktą).

96 Negalima manyti, kad keli, visi ar netgi didžioji dalis darbdavių pareikš ieškinį dėl žalos atlyginimo prieš valstybę, kuris bus patenkintas. Taigi reikia pripažinti, kad atsakovo tokioje byloje, kaip nagrinėjamoji, pasirinkimas iš tikrųjų reiškia sprendimą, kas padengs išlaidas.

184. Vis dėlto tiesa tai, kad šie klausimai iš esmės taptų nereikšmingi, kai darbdavio būtų paprašyta apmokėti „skolas“ tik dėl to, kad jis yra darbdavys. Tai savaime suprantamas argumentas, bet, manau, juo neverta beatodairiškai vadovautis.

185. Atsižvelgdamas į išdėstytus motyvus, nemanau, jog pagal Sąjungos teisę *reikalaujama*, kad būtų numatytos teisių gynimo priemonės prieš darbdavį tokiais atvejais, kaip nagrinėjamas šioje byloje, kai darbdavys taiko nacionalinės teisės aktus, bet šie nacionalinės teisės aktai yra laikomi prieštaraujančiais Chartijos 21 straipsnio 1 daliai (siejamai su Direktyva 2000/78). Būtina aiškiai nurodyti, kad ši išvada taikytina *privatųjų asmenų* ginčams, bet ne kai atsakovas yra valstybė (veikianti kaip darbdavys). Tačiau pagal Sąjungos teisę *nedraudžiama* teisių gynimo priemonė net ir prieš *privatius* darbdavius tuo atveju, jei tokios priemonės yra numatytos nacionalinėje teisėje.

ii) Ieškinys dėl žalos atlyginimo valstybei

186. Yra skirtumas, kuris pripažįstamas Teisingumo Teismo jurisprudencijoje, tarp diskriminacijos, nulemtos *teisės aktų leidėjo* (kaip pagrindinėje byloje), ir *darbdavio*⁹⁷. Remiantis Komisijos įtikinamais argumentais byloje *Dekker*⁹⁸: „tokiomis aplinkybėmis verta užduoti klausimą, ar galima teisėtai tikėtis, kad darbdavys visiškai nepaisys diskriminuojančio nacionalinės teisės akto arba apskųs jį teismuose dėl nesuderinamumo su direktyva arba dėl įstatymo dėl vienodo požiūrio [byla *Dekker*] į vyrus ir moteris. Tokios bylos baigties iš esmės negalima numatyti; bet kuriuo atveju toks reikalavimas būtų lygus darbdavio įpareigojimui, kuris turėtų tekti valstybei“.

187. Yra ir kitų priežasčių, dėl kurių nederėtų pagal Sąjungos teisę reikalauti nustatyti teisių gynimo priemonės prieš privatų darbdavį tokiomis aplinkybėmis, o veiksminga teisminė gynyba iš esmės turėtų būti ieškinys dėl žalos atlyginimo valstybei. Daugelis iš jų susiję su argumentais, kurie jau buvo pateikti pirmesniame skirsnyje.

188. Pirma, egzistuoja paprastas moralinis argumentas, jau aptartas pirmesniame skirsnyje dėl šaltinio ir kaltės. Pagrindinis subjektas, atsakingas už diskriminaciją, yra valstybė. Esant vienodoms sąlygoms, neišku, kodėl atsakomybė už šią klaidą pirmiausia turi tekti darbdaviui.

189. Moralinis argumentas atitinka struktūrinį argumentą. Jei dėl viršenybės principo ir abstrakčios suderinamumo kontrolės neteisėta nacionalinės teisės nuostata yra panaikinama, tiek kaltė, tiek atsiradusi teisės spraga yra akivaizdžiai priskiriami valstybei narei.

190. Antra, konkrečius darbdavius pripažinus atsakingais, pirmiausia tai neturės jiems atgrasomojo poveikio⁹⁹ ir netgi gali sumažinti atgrasomąjį poveikį iš tiesų atsakingai šaliai – valstybei. Siekiant pakeisti teisės aktus, būtina spaudimą daryti valstybei.

191. Trečia, jei darbuotojai pareikštų ieškinį darbdaviui dėl to, kad jis laikosi įstatymų, o darbdavys savo ruožtu pareikštų ieškinį valstybei, procesas galėtų dubliuotis. Atvirkščiai, jeigu žalą patyrusi šalis tiesiogiai kreiptųsi į žalą padariusią šalį, o ne į tarpininką, kuris nėra kaltas, vieno proceso būtų išvengta.

97 Šios išvados 50–52 punktai.

98 Kaip apibendrinta teismo posėdžio pranešime. Žr. Ward, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in ES Law*, 2-asis leidimas, Oxford University Press, Oksfordas, 2007, p. 57.

99 Šios išvados 180 punktas.

192. Ketvirta, vykstant privačių asmenų ginčui, jei atitinkamas direktyvos aiškinimas negalimas, Teisingumo Teismas sistemingai atmets privataus asmens galimybę remtis direktyva prieš kitą asmenį. Turi būti teisių gynimo priemonė, tačiau ja pasinaudoti galima prieš valstybę pareiškiant ieškinį dėl žalos atlyginimo¹⁰⁰. Neaišku, kodėl iš esmės taip neturėtų būti tais atvejais, kai lygiagrečiai remiamasi Chartijos nuostatomis. Taip būtų užtikrinta teisių gynimo priemonių, taikomų (horizontaliems) privatinės teisės reglamentuojamiems santykiams, sistemos darna, kai remiamasi Sąjungos teisės šaltiniais, kurie nėra tiesioginio horizontalaus veikimo.

193. Penkta, galiausiai egzistuoja dar vienas argumentas dėl bendros darnos, pagrindžiantis ginamą požiūrį dėl teisių gynimo priemonių. Jis taip pat susijęs su palyginimo kriterijumi. Jau nurodžiau, kad tais atvejais, kai taikoma abstrakti suderinamumo kontrolė, palyginimo kriterijus yra grupė¹⁰¹. Tai visiškai atitinka argumentą, kad skirtingo požiūrio šaltinis yra nacionalinės teisės aktai, o ne darbdavio sprendimas. Dėl šios priežasties kitų darbdavio (*Cresco Investigation*) samdomų darbuotojų tapatybė nebuvo tokia svarbi kaip ir tai, ar palyginti su jais, ieškovas buvo vertinamas skirtingai.

194. Šis klausimas vis dėlto būtų gana svarbus ir reikėtų atnaujinti su juo susijusią diskusiją dėl panašumo, jei ieškovas turėtų pareikšti ieškinį darbdaviui dėl to, kad darbdavys jį diskriminuoja¹⁰². Darant prielaidą, kad šio darbdavio darbuotojai nėra keturių bažnyčių nariai¹⁰³, savaime suprantama, kad logiška gynyba būtų, jog jis nieko nediskriminavo, nes su visais darbuotojais elgėsi taip pat. Kaip toks darbdavys galėtų būti laikomas atsakingu dėl diskriminacijos, kuri buvo visiškai negalima?

195. Pastaruosiuose dviejuose punktuose dar kartą pažymima, kad svarbus yra galutinio Teisingumo Teismo požiūrio loginis nuoseklumas būtent dviem lygiais: pirma, nagrinėjamu atveju (kontrolės pobūdis susijęs su palyginimo kriterijumi, o tai savo ruožtu turi įtakos teisių gynimo priemonėms), ir, antra, horizontaliu lygiu, kiek tai susiję su teisių gynimo priemonėmis, taikytinomis tam tikrų Sąjungos teisės šaltinių pažeidimo atveju.

196. Dėl priežasčių, kurios jau paminėtos šiame ir pirmesniuose skirsniuose, manau, kad asmenys gali remtis Chartijos 21 straipsnio 1 dalimi ir Direktyvos 2000/78 2 straipsnio 2 dalies a punktu, kad Sąjungos teisės neatitinkančios nacionalinės teisės nuostatos būtų panaikintos. Tačiau pagal Sąjungos teisę nereikalaujama, kad atsakomybė už valstybių negalėjimą užtikrinti nacionalinės teisės suderinamumą su Chartija visų pirma kiltų *privataus* sektoriaus darbdaviui, taikančiam šią nacionalinės teisės nuostatą.

4. Išvada dėl ketvirtojo klausimo

197. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau taip atsakyti į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo ketvirtąjį klausimą:

Tokiomis aplinkybėmis, kaip šioje byloje, susijusioje su privačių asmenų ginču:

- kol teisės aktų leidėjas nėra sukūręs nediskriminacinės teisinės padėties, nacionalinės teisės nuostatos, pripažintos neatitinkančiomis Chartijos 21 straipsnio 1 dalies, siejamos su Direktyvos 2000/78/EB 1 straipsniu, 2 straipsnio 2 dalies a punktu ir 7 straipsnio 1 dalimi, neturi būti taikomos,

100 1991 m. lapkričio 19 d. Sprendimas *Francovich ir kt.* (C-6/90 ir C-9/90, EU:C:1991:428, 45 punktas) ir 2014 m. sausio 15 d. Sprendimas *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2014:2, 50 punktas).

101 Šios išvados 45–54 punktai.

102 Manau, kad dėl šio aspekto iš dalies kilo painiava dėl palyginimo (šios išvados 46–48 punktai).

103 Tai statistiškai tikėtina, ne tik *Cresco Investigation*, bet ir daugelio kitų Austrijos darbdavių atveju. Buvo patvirtinta, kad keturių bažnyčių nariai sudaro apie 2 % darbingų Austrijos gyventojų.

- Chartijos 21 straipsnio 1 dalis, siejama su Direktyvos 2000/78/EB 1 straipsniu, 2 straipsnio 2 dalies a punktu ir 7 straipsnio 1 dalimi, savaime nenustato pareigų darbdaviui,
- dėl tokio nacionalinės teisės nuostatų taikymo nukentėjusi šalis vis dėlto gali remtis 1991 m. lapkričio 19 d. Sprendimu *Francovich ir kt.* (C-6/90 ir C-9/90, EU:C:1991:428) tam, kad, esant tam tikroms sąlygoms, gautų patirtos žalos atlyginimą.

V. Išvada

198. Teisingumo Teismui siūlau taip atsakyti į *Oberster Gerichtshof* (Aukščiausiasis Teismas, Austrija) pateiktus klausimus:

1. Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos 21 straipsnio 1 dalis, siejama su 2000 m. lapkričio 27 d. Tarybos direktyvos 2000/78/EB, nustatančios vienodo požiūrio užimtumo ir profesinėje srityje bendruosius pagrindus, 1 straipsniu ir 2 straipsnio 2 dalies a punktu, turi būti aiškinama taip, kad pagal ją draudžiama nacionalinės teisės nuostata, pagal kurią tik Evangelikų liuteronų, Evangelikų reformatų, Senkatalikų ir Metodistų bažnyčių nariams Didysis penktadienis yra švenčių diena, kai suteikiamas ne trumpesnis kaip 24 valandų nepertraukiamas poilsio laikas, be to, nepaisant suteikiamo poilsio, šią švenčių dieną dirbantis darbuotojas, priklausantis vienai iš šių bažnyčių, turi ne tik teisę į darbo užmokestį už dėl švenčių dienos neatliktą darbą, bet ir teisę į darbo užmokestį už atliktą darbą, nors kiti šioms bažnyčioms nepriklausantys darbuotojai tokios teisės neturi.
2. Tokiomis aplinkybėmis, kaip šioje byloje, nacionalinės teisės aktas, pagal kurį tokia kompensacija, kaip nurodyta pirmajame klausime, suteikiama tik tam tikrų bažnyčių nariams, kurie dirba Didįjį penktadienį, nėra priemonė, kuri demokratinėje visuomenėje būtina kitų asmenų teisėms ir laisvėms apsaugoti, kaip tai suprantama pagal Direktyvą 2000/78.
3. Nacionalinės teisės aktas, pagal kurį suteikiama tokia kompensacija, kaip nurodyta pirmajame klausime, nėra pozityvus veiksmas, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2000/78 7 straipsnio 1 dalį.
4. Tokiomis aplinkybėmis, kaip šioje byloje, susijusioje su privačių asmenų ginču:
 - kol teisės aktų leidėjas nėra sukūręs nediskriminacinės teisinės padėties, nacionalinės teisės nuostatos, pripažintos neatitinkančiomis Pagrindinių teisių chartijos 21 straipsnio 1 dalies, siejamos su Direktyvos 2000/78/EB 1 straipsniu, 2 straipsnio 2 dalies a punktu ir 7 straipsnio 1 dalimi, neturi būti taikomos,
 - Pagrindinių teisių chartijos 21 straipsnio 1 dalis, siejama su Direktyvos 2000/78/EB 1 straipsniu, 2 straipsnio 2 dalies a punktu ir 7 straipsnio 1 dalimi, savaime nenustato pareigų darbdaviui,
 - dėl tokio nacionalinės teisės nuostatų taikymo nukentėjusi šalis vis dėlto gali remtis 1991 m. lapkričio 19 d. Sprendimu *Francovich ir kt.* (C-6/90 ir C-9/90, EU:C:1991:428) tam, kad, esant tam tikroms sąlygoms, gautų patirtos žalos atlyginimą.