



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. BOBEK  
van 25 juli 2018<sup>1</sup>

**Zaak C-193/17**

**Cresco Investigation GmbH  
tegen  
Markus Achatzi**

[verzoek van het Oberste Gerichtshof (hoogste rechter, Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Gelijke behandeling in arbeid en beroep – Nationale wettelijke regeling op grond waarvan een beperkte groep werknemers bepaalde rechten heeft – Vergelijkbaarheid – Directe discriminatie op grond van godsdienst – Rechtaardiging – Positieve acties en specifieke maatregelen – Horizontale toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Horizontale rechtstreekse werking van het Handvest – Verplichtingen van werkgevers en nationale rechterlijke instanties bij strijdigheid van het nationale recht met artikel 21, lid 1, van het Handvest en artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78/EG”

## I. Inleiding

1. Naar Oostenrijks recht is Goede Vrijdag alleen voor leden van vier kerken een (betaalde) feestdag. Als leden van die kerken op die dag toch arbeid verrichten, krijgen zij dubbel betaald. Markus Achatzi (hierna: „verzoeker”) is in dienst bij Cresco Investigation GmbH (hierna: „verweerster”). Verzoeker is geen lid van een van de vier kerken. Hij kreeg van verweerster dan ook geen betaalde vrije dag en werd ook niet dubbel betaald voor de door hem op Goede Vrijdag 2015 verrichte arbeid.
2. Verzoeker eist dat hij dubbel betaald wordt omdat hij op Goede Vrijdag heeft gewerkt, en stelt dat de nationale wettelijke regeling, wat arbeidsvoorwaarden en beloning betreft, discriminatie op grond van godsdienst en overtuiging oplevert. Tegen deze achtergrond wenst het Oberste Gerichtshof (hoogste rechter, Oostenrijk) van het Hof in wezen te vernemen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling discriminerend is in het licht van het Unierecht en, zo er sprake is van strijdigheid met dat recht, wat de gevolgen zijn voor de periode voordat de nationale wetgever een nieuwe, niet-discriminerende wettelijke regeling vaststelt: moeten alle werknemers dan vrij krijgen op Goede Vrijdag dan wel (door de werkgever) dubbel betaald krijgen, of heeft er dan niemand recht op een vrije dag of om dubbel betaald te krijgen?
3. In zijn vragen verwijst de verwijzende rechter naar „artikel 21 van het Handvest van de grondrechten juncto” richtlijn 2000/78/EG<sup>2</sup>. In de rechtspraak van het Hof zijn uiteraard al eerder zaken behandeld waarin een bepaling van dat Handvest en de handeling van afgeleid recht waarmee invulling wordt gegeven aan de Handvestbepaling in zekere mate een de facto parallelle inhoud en

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Engels.

<sup>2</sup> Richtlijn van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB 2000, L 303, blz. 16).

toepassing hebben. Bij de abstracte beoordeling van de verenigbaarheid van een nationaalrechtelijke bepaling met het Handvest en een Unierichtlijn<sup>3</sup> is de vraag wat er precies van toepassing is in de desbetreffende zaak wellicht minder belangrijk. In deze zaak wordt het Hof echter gevraagd aan te geven welke gevolgen strijdigheid met het Unierecht heeft voor een specifieke (horizontale) rechtsverhouding, hetgeen tevens impliceert dat ook specifiek wordt aangegeven waarmee de nationale regeling precies onverenigbaar is in een dergelijke rechtsverhouding.

## II. Toepasselijke bepalingen

### A. Unierecht

#### 1. *Handvest van de grondrechten*

4. Artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) luidt als volgt:

„Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden.”

5. Artikel 52, lid 1, van het Handvest luidt: „Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

#### 2. *Richtlijn 2000/78*

6. De artikelen 1, 2 en 7 van richtlijn 2000/78 bepalen:

„Artikel 1

Doel

Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.

Artikel 2

Het begrip discriminatie

1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.

<sup>3</sup> Het betreft de vraag of een nationaalrechtelijke bepaling die bepaalde kenmerken heeft, zich in het algemeen en in wezen onafhankelijk van de aard van de rechtsverhouding waarbinnen zij op nationaal niveau is toegepast, verdraagt met het Unierecht – zie voor een recent voorbeeld arrest van 19 juli 2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566).

2. Voor de toepassing van lid 1 is er:

- a) ‚directe discriminatie‘, wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden;
- b) ‚indirecte discriminatie‘, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt,

[...]

[...]

5. Deze richtlijn laat de nationale wettelijke bepalingen onverlet die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden.

[...]

Artikel 7

Positieve acties en specifieke maatregelen

1. Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden te voorkomen of te compenseren.

[...]”

## **B. Nationaal recht**

7. § 7, lid 2, van het Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz, BGBl. 144/1983; hierna: „wet op rusttijden”), zoals gewijzigd, bevat een opsomming van 13 feestdagen, die werknemers in Oostenrijk hebben. In § 7, lid 3, van die wet is bepaald dat voor leden van de evangelische kerken Augsburgse Bekenntnis en Helvetisches Bekenntnis, de Oud-Katholieke Kerk en de Evangelisch-Methodistische Kerk ook Goede Vrijdag een feestdag is.

8. § 9 van de wet op rusttijden bepaalt in wezen dat een werknemer die niet werkt op een feestdag, recht heeft op doorbetaling van het loon (§ 9, lid 1), en dat indien hij wel arbeid verricht tijdens een feestdag, hij dubbel betaald krijgt (§ 9, lid 5).

## **III. Feiten, procedure en prejudiciële vragen**

9. Wie werkt op een van de 13 betaalde feestdagen in Oostenrijk, krijgt dubbel betaald en ontvangt dus een toeslag bovenop het loon (hierna: „toeslag”). Goede Vrijdag is echter slechts voor leden van vier kerken een betaalde feestdag, zodat alleen die kerkleden op Goede Vrijdag betaald vrij krijgen of recht hebben op toeslag als zij die dag werken.

10. Verzoeker werkt bij verweerster, maar is geen lid van een van de vier kerken. Hij kreeg van verweerster dan ook geen betaalde vrije dag noch een toeslag voor de door hem op 3 april 2015, Goede Vrijdag, verrichte arbeid.

11. Bij de rechter vordert verzoeker betaling van een brutobedrag van 109,09 EUR, vermeerderd met rente. Naar zijn mening levert de wettelijke regeling op grond waarvan Goede Vrijdag alleen voor leden van de vier kerken een feestdag is en er voorts aanspraak op toeslag bestaat als die kerkleden op die dag toch werken, discriminatie op grond van godsdienst en overtuiging op waar het gaat om arbeidsvoorwaarden en beloning.

12. Verweerster is het daar niet mee eens en betoogt dat de eis moet worden afgewezen en verzoeker moet worden veroordeeld tot betaling van de kosten. Haars inziens is er geen sprake van discriminatie.

13. De rechter in eerste aanleg wees verzoekers eis af op de grond dat bij de regeling inzake Goede Vrijdag sprake is van een objectief gerechtvaardigd verschil in behandeling van verschillende situaties.

14. De rechter in tweede aanleg verklaarde verzoekers hoger beroep gegrond en wijzigde het in eerste aanleg gewezen vonnis aldus dat verzoekers eis werd toegewezen. Hij ging ervan uit dat de nationale regels die voorzien in een verschil in behandeling ten aanzien van Goede Vrijdag, in strijd zijn met het rechtstreeks toepasselijke artikel 21 van het Handvest. Er is sprake van een niet gerechtvaardigde directe discriminatie van de betrokken werknemers op grond van godsdienst, aldus de rechter in tweede aanleg. Goede Vrijdag mag als feestdag dus niet zijn voorbehouden aan bepaalde groepen werknemers, waardoor ook verzoeker, die op Goede Vrijdag 3 april 2015 arbeid had verricht, recht had op toeslag.

15. Het Oberste Gerichtshof dient thans te beslissen op het beroep in *Revision* dat verweerster heeft ingesteld tegen het in hoger beroep gewezen arrest en waarmee zij verzoekt om herstel van het in eerste aanleg gewezen vonnis waarbij de eis werd afgewezen. Het Oberste Gerichtshof heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Dient het Unierecht, inzonderheid artikel 21 van het Handvest van de grondrechten juncto artikel 1 en artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn [2000/78], aldus te worden uitgelegd dat het zich, in het kader van een geschil tussen een werknemer en een werkgever in verband met een privaatrechtelijke arbeidsverhouding, verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan alleen voor leden van de evangelische kerken Augsburgse Bekenntnis en Helvetische Bekenntnis, de Oud-Katholieke Kerk en de Evangelisch-Methodistische Kerk ook Goede Vrijdag een feestdag met een ononderbroken rusttijd van ten minste 24 uur is en, ingeval de werknemer [die lid is van een van de genoemde kerken] op deze feestdag toch arbeid verricht, naast het recht op loon voor de arbeid die niet hoeft te worden verricht omdat deze dag een feestdag is, ook een recht op loon wordt toegekend voor de daadwerkelijk verrichte arbeid, maar op grond waarvan dit recht niet toekomt aan andere werknemers, die geen lid zijn van deze kerken?
- 2) Dient het Unierecht, inzonderheid artikel 21 van het Handvest van de grondrechten juncto artikel 2, lid 5, van richtlijn [2000/78], aldus te worden uitgelegd dat de in de eerste vraag genoemde nationale regeling, die – gemeten aan het totale inwoneraantal en het lidmaatschap van de Rooms-Katholieke Kerk van de meeste inwoners – aan een relatief kleine groep van leden van bepaalde (andere) kerken rechten en aanspraken verleent, niet door deze richtlijn wordt aangetast omdat het om een maatregel gaat die in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van de rechten en vrijheden van derden, in het bijzonder het recht op uitoefening van de godsdienstvrijheid?

- 3) Dient het Unierecht, inzonderheid artikel 21 van het Handvest van de grondrechten juncto artikel 7, lid 1, van richtlijn [2000/78], aldus te worden uitgelegd dat de in de eerste vraag genoemde nationale regeling een positieve en specifieke maatregel ten behoeve van de leden van de in de eerste vraag genoemde kerken ter waarborging van hun volledige gelijkstelling in het beroepsleven is om een benadeling van deze leden op grond van godsdienst te voorkomen of te compenseren, als daarmee aan hen hetzelfde recht op uitoefening van de godsdienstvrijheid gedurende de werktijd op een voor deze godsdienst belangrijke feestdag wordt verleend, als het recht dat wordt verleend aan de meerderheid van de werknemers op grond van een andere nationale regeling en dat erin bestaat dat op feestdagen van de godsdienst waartoe de meerderheid van de werknemers behoort, in het algemeen geen arbeid hoeft te worden verricht?
- 4) Indien een discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn [2000/78] wordt aangenomen:

Dient het Unierecht, inzonderheid artikel 21 van het Handvest van de grondrechten juncto artikel 1, artikel 2, lid 2, onder a), en artikel 7, lid 1, van richtlijn [2000/78], aldus te worden uitgelegd dat de particuliere werkgever, zolang door de wetgever geen niet-discriminerende rechtssituatie is gecreëerd, aan alle werknemers, ongeacht hun religieuze overtuiging, de in de eerste vraag genoemde rechten en aanspraken met betrekking tot Goede Vrijdag dient te verlenen, of moet de in de eerste vraag genoemde nationale regeling in haar geheel buiten toepassing blijven, waardoor de in de eerste vraag genoemde rechten en aanspraken op Goede Vrijdag aan geen enkele werknemer toekomen?”

16. Verzoeker, verweerster, de Oostenrijkse, de Italiaanse en de Poolse regering, alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Deze belanghebbenden hebben voorts pleidooi gehouden ter terechtzitting van 10 april 2018.

## **IV. Beoordeling**

### **A. Inleiding**

17. Ik ben van mening dat de omstandigheid dat alleen de leden van vier kerken op Goede Vrijdag betaald vrij krijgen en er voorts aanspraak op toeslag bestaat als die kerkleden op die dag toch werken, discriminatie op grond van godsdienst oplevert in de zin van artikel 21, lid 1, van het Handvest, en directe discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78 (eerste vraag van de verwijzende rechter, waarop nader wordt ingegaan in deel C). Er lijkt geen sprake te zijn van een geldige rechtvaardigingsgrond voor die discriminatie (tweede vraag, die wordt behandeld in deel D). Verder lijkt het niet mogelijk om te kunnen spreken van positieve acties en specifieke maatregelen (derde vraag, waarop deel E betrekking heeft).

18. Naar mijn mening is de meer complexe vraag in deze zaak wat in een geschil tussen particulieren de juridische gevolgen zijn van de (abstracte) constatering dat er sprake is van discriminatie, welke constatering plaatsvindt op basis van een richtlijn (die geen horizontale rechtstreekse werking tussen particulieren heeft) en een bepaling van het Handvest. Volgens het beginsel van voorrang van het Unierecht moet de nationale regeling dan buiten toepassing worden gelaten. Kan uit dat beginsel of uit artikel 21, lid 1, van het Handvest, dat mogelijkwerwijs horizontale rechtstreekse werking heeft, echter ook worden afgeleid dat een (privaatrechtelijke) werkgever krachtens het Unierecht verplicht is om de toeslag bovenop het loon te betalen aan eenieder die op Goede Vrijdag arbeid verricht, ongeacht zijn geloofsovertuiging? Ik denk het niet. Volgens het Unierecht dient de werknemer evenwel over een doeltreffende voorziening in rechte te beschikken. Dit zou kunnen impliceren dat de lidstaat aansprakelijk kan worden gesteld (vierde vraag, die in deel F aan de orde is).



19. Alvorens de vragen van de verwijzende rechter te behandelen in de aangegeven volgorde, sta ik eerst stil bij de bevoegdheidsvraag die door de Italiaanse en de Poolse regering met betrekking tot artikel 17 VWEU aan de orde is gesteld.

## B. Bevoegdheid van het Hof

20. De Poolse regering heeft in haar schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting betoogd dat de aan de orde zijnde regeling ter zake van de feestdag Goede Vrijdag de betrekkingen tussen vier kerken en de Oostenrijkse Staat regelt. Deze regeling valt dan ook binnen het bereik van het in artikel 17, lid 1, VWEU genoemde begrip „de status die kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen volgens het nationaal recht in de lidstaten hebben”, aldus de Poolse regering. Het Hof is dus niet bevoegd om te antwoorden op de vragen van de verwijzende rechter. Ter terechtzitting heeft de Italiaanse regering met betrekking tot artikel 17 VWEU een vergelijkbaar standpunt ingenomen. Volgens deze regering moet het Hof in zijn antwoord op de vragen erop wijzen dat de lidstaten bij uitsluiting bevoegd zijn om te beslissen over het toekennen van een feestdag of toeslag aan bepaalde religieuze groeperingen.

21. Ik ben het niet eens met deze zienswijze.

22. In het arrest in de zaak Egenberger heeft het Hof geoordeeld dat „artikel 17 VWEU de neutraliteit van de Unie uitdrukt ten aanzien van de organisatie door de lidstaten van hun betrekkingen met kerken en religieuze verenigingen of gemeenschappen”.<sup>4</sup> In zijn conclusie in diezelfde zaak heeft advocaat-generaal Tanchev hieraan toegevoegd dat het neutraliteitsvereiste niet behelst dat de betrekkingen tussen kerk en staat, „ongeacht de omstandigheden”, volkomen zijn onttrokken aan toezicht op de naleving van de grondrechten van de Unie (of van het Unierecht in het algemeen).<sup>5</sup> In het arrest Egenberger heeft het Hof namelijk expliciet verklaard dat „[artikel 17 VWEU] niet van dien aard [is] dat het een doeltreffend rechterlijk toezicht op de naleving van de criteria van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2000/78 uitsluit”.<sup>6</sup>

23. Meer algemeen hebben de advocaten-generaal in de zaken Achbita en Egenberger aangegeven dat artikel 17 VWEU artikel 4, lid 2, VEU „concretiseert en complementeert” en dat uit deze laatste bepaling op zich niet kan worden geconcludeerd dat „bepaalde onderwerpen of actierreinen geheel aan de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 zijn onttrokken”.<sup>7</sup>

24. Ook in de zaak *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*<sup>8</sup> heeft artikel 17, lid 1, VWEU kennelijk geenszins eraan in de weg gestaan dat de Unierechtelijke staatssteunregels zijn toegepast op de inkomsten van kerken. Artikel 17, lid 1, VWEU komt zelfs niet aan de orde in de overwegingen van het arrest van het Hof<sup>9</sup>, ook al kan de zaak inhoudelijk aldus worden opgevat dat de financiële verhouding tussen kerk en staat in geding is of dat er sprake is van aanzienlijke gevolgen voor de financiële status van kerken.

25. Het beeld dat naar voren komt uit de jurisprudentie lijkt vrij duidelijk: artikel 17, lid 1, VWEU behelst inderdaad een bevestiging van de neutraliteit van het Unierecht ten aanzien van de status die kerken hebben, en verlangt van de Unie dat geen afbreuk wordt gedaan aan die status. Mijns inziens verklaart de Europese Unie zich volkomen neutraal of zelfs agnostisch waar het gaat om de verhoudingen tussen lidstaten en kerken in engere zin: het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag of een

4 Arrest van 17 april 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 58).

5 Conclusie van advocaat-generaal Tanchev in de zaak Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, punt 93, zie tevens punt 88).

6 Arrest van 17 april 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 58).

7 Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak *G4S Secure Solutions* (C-157/15, EU:C:2016:382, punt 32), en met name conclusie van advocaat-generaal Tanchev in de zaak Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, punt 95).

8 Arrest van 27 juni 2017 (C-74/16, EU:C:2017:496).

9 Zie evenwel conclusie van advocaat-generaal Kokott in die zaak (C-74/16, EU:C:2017:135, punten 29-33).

lidstaat zichzelf op godsdienstig gebied als strikt neutraal omschrijft, of de vraag of een lidstaat wel een staatskerk heeft. Een dergelijke neutraliteitsverklaring is een belangrijke *beginselverklaring*. Los van die engere opvatting kan er ook sprake zijn van een breed inzetbaar *interpretatiehulpmiddel*, zoals tevens het geval is bij andere in titel II van het eerste deel van het VWEU (die als opschrift „Algemeen toepasselijke bepalingen” heeft) opgenomen waarden en belangen met betrekking tot andere terreinen van het Unierecht: in overigens gelijke omstandigheden moet voorrang worden gegeven aan de uitlegging van het Unierecht waarbij de in die bepalingen vervatte waarden en belangen maximaal worden beschermd.

26. Afgezien van de twee genoemde aspecten kan artikel 17, lid 1, VWEU mijns inziens echter niet aldus worden uitgelegd dat het met zich brengt dat een nationale regeling ter zake van de verhouding tussen staat en kerk of ter zake van de status van kerken *steeds* zonder meer buiten de werkingssfeer van het Unierecht valt. Net zoals belastingvrijstellingen niet buiten het bereik van het Unierecht met betrekking tot staatssteun vallen door het enkele feit dat zij op een kerk zien, valt wijn niet buiten de werkingssfeer van de Verdragsregels met betrekking tot het vrije goederenverkeer omdat het gaat om in de liturgie te gebruiken miswijn. Het eerbiedigen van de status kan, simpel gezegd, niet worden gelezen als ware het een groepsvrijstelling voor aangelegenheden die te maken hebben met kerken of religieuze gemeenschappen.

27. Ik zie dan ook niet in waarom een regeling op grond waarvan alle werkgevers (ongeacht hun religieuze of niet-religieuze overtuigingen) verplicht zijn om een betaalde vrije dag te geven aan werknemers die lid zijn van een van de vier genoemde kerken (dan wel toeslag als die werknemers op de desbetreffende dag arbeid verrichten), ingevolge artikel 17, lid 1, VWEU volledig onttrokken zou zijn aan toetsing aan het Handvest of richtlijn 2000/78.

28. Deze uitlegging van artikel 17, lid 1, VWEU vindt verder steun in de omstandigheid dat artikel 17, lid 2, VWEU een soortgelijke neutraliteitsgarantie bevat wat betreft de status die levensbeschouwelijke en niet-confessionele organisaties hebben. In artikel 17, lid 2, VWEU neemt de Unie de verplichting op zich om tevens de status van die organisaties te eerbiedigen, met als gevolg dat eventuele, aan kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen verleende uitzonderingen onmiddellijk van toepassing zouden zijn op levensbeschouwelijke organisaties (waarvoor geen nauwkeurige omschrijving wordt gegeven en er gekeken moet worden naar het recht van de lidstaten). Ook uit artikel 17, lid 2, VWEU kan dus worden afgeleid dat het kennelijk niet de bedoeling was om alle, rechtstreekse of indirecte, betrekkingen tussen de lidstaten en dergelijke organisaties uit te sluiten van de werkingssfeer van het Unierecht.

29. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging te oordelen dat het betoog van de Italiaanse en de Poolse regering dat het Hof niet bevoegd is tot beantwoording van de voorgelegde vragen of dat het onderwerp buiten de bevoegdheden van de Unie valt, ongegrond is.

### C. Eerste vraag

30. Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 21, lid 1, van het Handvest en artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78 in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan alleen de leden van vier kerken op Goede Vrijdag een betaalde vrije dag krijgen en recht hebben op toeslag als zij die dag wel werken.

31. Ik meen dat een dergelijke regeling discriminatie in de zin van die bepalingen oplevert.

32. In het algemeen is sprake van directe discriminatie wanneer iemand i) ongunstiger wordt behandeld; ii) dan een ander in een vergelijkbare situatie; iii) op basis van een verboden grond (in dit geval godsdienst), en iv) zonder dat er een objectieve rechtvaardiging voor die verschillende behandeling bestaat.<sup>10</sup>

33. De onder iv) genoemde mogelijke rechtvaardigingsgrond komt aan de orde in de behandeling van de tweede vraag van de verwijzende rechter (deel D).

34. Wat de onder i) en iii) genoemde aspecten betreft, is volgens mij duidelijk dat er in deze zaak sprake is van een ongunstiger behandeling op grond van godsdienst. Werknemers die geen lid zijn van een van de vier kerken krijgen immers niet dubbel betaald voor hun op Goede Vrijdag verrichte arbeid, terwijl dat wel het geval is voor leden van een van de vier kerken. Ofschoon, naar ik begrijp, verzoeker in deze zaak niet eist dat hij een betaalde vrije dag krijgt op Goede Vrijdag, is bij het weigeren van die vrije dag aan niet-leden van een van de vier kerken ook sprake van een ongunstiger behandeling op grond van godsdienst.<sup>11</sup>

35. Het laatste aspect van de discriminatietoets, namelijk de vergelijkbaarheid, ligt in deze zaak ingewikkelder en vereist dat twee punten nader worden onderzocht. Ten eerste, wie moeten er worden vergeleken: individuen of groepen personen (2)? Ten tweede, welke relevante kenmerken moet de vergelijking hebben? Op welk niveau van abstractie moet de vergelijking plaatsvinden (3)?

36. Alvorens nader in te gaan op deze punten, moet ik vooraf een aantal dingen verduidelijken met betrekking tot de beoordelingscriteria.

### ***1. Beoordelingscriteria: aard van de toetsing, toepasselijk recht en precieze aard van de betrokken prestatie***

37. In de eerste plaats wijs ik erop dat de eerste en de vierde vraag van de verwijzende rechter zien op twee aspecten. Het eerste aspect heeft betrekking op de *abstracte* beoordeling van de vergelijkbaarheid. De verwijzende rechter verzoekt het Hof te beoordelen of een nationale regeling zich verdraagt met artikel 21, lid 1, van het Handvest juncto artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78. Het tweede aspect, waarop de verwijzende rechter in zijn eerste vraag doelt en dat vervolgens explicieter wordt genoemd in de vierde vraag, is de omstandigheid dat het hoofdgeding een geschil tussen particulieren betreft. Wat zijn in een particuliere verhouding de *concrete* gevolgen als er wordt vastgesteld dat de in de verwijzingsbeslissing beschreven nationale regeling zich niet verdraagt met het Unierecht?

38. In deze conclusie worden beide aspecten afzonderlijk behandeld. Dat zij inderdaad nauw verbonden zijn met elkaar heeft voor redelijk wat verwarring gezorgd in de onderhavige procedure, zowel bij de aangewende rechtsmiddelen als bij het onderzoek naar de vergelijkbaarheid. Het door mij in overweging gegeven en hier in deel C opgenomen antwoord op de eerste vraag van de verwijzende rechter is dan ook een algemeen antwoord dat uitsluitend betrekking heeft op de (abstracte) toetsing van de verenigbaarheid van de regeling. Bij de behandeling van de vierde vraag (deel F) zal worden gekeken naar de gevolgen die de mogelijke vaststelling dat er sprake is van strijdigheid, heeft voor deze specifieke zaak.

10 Voor recente voorbeelden zie algemeen arresten van 12 december 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, punt 31), en 5 juli 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, punten 29-31), uiteraard met dien verstande dat in het geval van het Handvest een dergelijke rechtvaardiging aan artikel 52, lid 1, van het Handvest moet voldoen, terwijl het bij richtlijn 2000/78 om artikel 2, lid 5, van die richtlijn gaat.

11 Ik behandel het onderscheid tussen de toeslag en de betaalde vrije dag in de punten 40 tot en met 44 en 82 tot en met 86 van deze conclusie.



39. In de tweede plaats rijst in aansluiting op het voorgaande punt de vraag naar het toepasselijke recht. Bij de beoordeling of een nationale regeling in strijd is met artikel 21, lid 1, van het Handvest en artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78, heeft het Hof in eerdere uitspraken getoetst of die regeling inhoudelijk verenigbaar was met de genoemde richtlijnbevestiging en de toetsing in de praktijk uitgebreid tot artikel 21, lid 1, van het Handvest.<sup>12</sup> Bij de abstracte beoordeling van de vergelijkbaarheid zijn immers beide Unierechtelijke bronnen kennelijk van toepassing.<sup>13</sup> Bij de beantwoording van de eerste tot en met de derde vraag van de verwijzende rechter zal dan ook tegelijk rekening worden gehouden met de twee bronnen. De situatie wordt echter wat ingewikkelder waar het gaat om de beantwoording van de vierde vraag.

40. In de derde plaats moet de beoordeling of er sprake is van discriminatie „voor de betrokken prestatie”<sup>14</sup> plaatsvinden. In deze zaak gaat het om verschillende „prestaties” ten behoeve van leden van de vier kerken (welke prestaties niet tot die groep behorende werknemers niet kunnen krijgen), namelijk a) een betaalde vrije dag, en b) een toeslag als er wel wordt gewerkt.

41. Bij de beslechting van dit geschil hoeft volgens mij slechts nader te worden ingegaan op het vermeende discriminerende karakter van de toeslag. Uit de beschrijving van de feiten in het verzoek om een prejudiciële beslissing volgt immers dat verzoeker in het hoofdgeding bij de nationale rechter *geen betaalde vrije dag op Goede Vrijdag vordert*, maar wel betaling van *de toeslag* omdat hij op die dag heeft gewerkt.

42. De aan de orde zijnde ongunstiger behandeling<sup>15</sup> ten aanzien waarvan de beoordeling of er sprake is van discriminatie moet plaatsvinden, betreft dus in het bijzonder de niet-betaling van toeslag. Ik vat de eerste vraag van de verwijzende rechter ook in die zin op. In de eerste vraag wordt er specifiek verwezen naar § 7, lid 3, juncto § 9, lid 5, van de wet op rusttijden (op grond waarvan werknemers die arbeid verrichten tijdens een feestdag dubbel betaald krijgen), en niet naar § 7, lid 3, juncto § 9, lid 1, van de wet op rusttijden (op grond waarvan het loon wordt doorbetaald, ook al wordt er niet gewerkt op een feestdag).

43. Ik begrijp uiteraard dat al deze bepalingen in het nationale recht samenhangen. Wordt een dag naar nationaal recht erkend als feestdag, dan is de regeling voor feestdagen onverkort van toepassing, waaronder ook het recht op doorbetaling van loon, ook al wordt er op die dag niet gewerkt, en het dubbel betaald krijgen als er op die dag wel wordt gewerkt (de toeslag). Dit is echter precies een deel van het probleem: als bepaalde prestaties of aanspraken in het nationale recht met elkaar zijn verbonden en dezelfde grondslag hebben, is het niet zo eenvoudig om deze later uit elkaar te halen en geen rekening te houden met alle gevolgen die daar naar nationaal recht aan verbonden zijn.

44. Volledigheidshalve zal ik echter terugkomen op de betaalde vrije dag aan het einde van dit deel.<sup>16</sup>

## **2. Wie moeten er worden vergeleken: individuen of groepen?**

45. Verzoeker, verweerster, de Oostenrijkse regering en de Commissie hebben alle voorgesteld dezelfde groepen te vergelijken, namelijk i) de leden van de vier kerken, en ii) verzoeker *als niet-lid van een van de vier kerken*.

12 Voor een recent voorbeeld zie arrest van 19 juli 2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, punten 16-18 en 47).

13 Voor nadere toelichting zie mijn conclusie in de zaak *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:235, punten 20-36).

14 Arrest van 19 juli 2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, punt 25). Zie ook arrest van 1 oktober 2015, *O* (C-432/14, EU:C:2015:643, punt 32).

15 Als bedoeld in i) van de in punt 32 vermelde discriminatietoets.

16 In de punten 82 tot en met 86 van deze conclusie.

46. Daarover waren zij het fundamenteel eens, maar voor het overige kwamen uiteenlopende standpunten naar voren, met name wat betreft de vraag of bij de vergelijking moet worden uitgegaan van verzoeker als individu dan wel van verzoeker als vertegenwoordiger van een groep.

47. In haar schriftelijke opmerkingen vergelijkt de Commissie verzoeker eerst met de leden van de vier kerken. Vervolgens worden hypothetische groepen andere Oostenrijkse werknemers vergeleken met de leden van de vier kerken, waarbij wordt betoogd dat de nationale rechter moet beoordelen of de nationale wettelijke regeling in dergelijke gevallen discriminatie oplevert. Ook andere partijen gaan in het vergelijken verder dan verzoeker. Verweerster bijvoorbeeld vergelijkt de leden van de vier kerken met de meerderheid van werknemers die hun godsdienst (indien zij een godsdienst hebben) kunnen belijden in het kader van de reeds toegekende feestdagen.

48. De Commissie was voorts van mening dat er bij het toekennen van een betaalde vrije dag aan de leden van de vier kerken *geen* sprake was van discriminatie jegens *verzoeker*, van wie door de Commissie wordt aangenomen dat hij atheïst is. Afgezien van verzoekers verklaring dat hij geen lid is van een van de vier kerken, is verzoekers geloofsovertuiging voor het Hof nooit expliciet bevestigd.

49. Uit het betoog van de Commissie komt een interessant punt naar voren. De Commissie gaat voorbij aan de toetsing van de verenigbaarheid van de in de verwijzingsbeslissing beschreven nationale maatregelen met het Unierecht en kijkt naar de specifieke zaak van verzoeker. Zo draagt zij eraan bij dat een eerder genoemd punt extra wordt benadrukt<sup>17</sup>: de vraag of er sprake is van een met het Unierecht strijdige discriminerende maatregel (op welk onderwerp de eerste vraag van de verwijzende rechter betrekking heeft en ten aanzien waarvan een algemene, abstracte verenigbaarheidstoets moet plaatsvinden), kan beter afzonderlijk worden behandeld, dus zonder de gevolgen van mogelijke, in de wettelijke regeling vervatte discriminatie voor deze specifieke zaak bij de beoordeling te betrekken (deze gevolgen komen aan de orde in de behandeling van de vierde vraag).<sup>18</sup>

50. Deze logica vindt stelselmatig steun in gevallen waarin het Hof is verzocht om in regelgeving vervatte discriminatie te beoordelen. In de rechtspraak wordt er een onderscheid gemaakt tussen „discriminaties die rechtstreeks hun oorsprong vinden in wettelijke bepalingen of collectieve arbeidsovereenkomsten” en discriminatie door een werkgever „in eenzelfde [...] onderneming”. Het gaat dus om discriminatie die in het ene geval door de *wetgever* wordt veroorzaakt, en in het andere door de *werkgever*.<sup>19</sup>

51. In de onderhavige zaak is de vermeende discriminatie terug te voeren op *wettelijke bepalingen* en wordt het Hof verzocht zich uit te laten over de vraag of die bepalingen zich verdragen met het Unierecht. In een dergelijk geval wordt bij de door het Hof te verrichten vergelijking daadwerkelijk uitgegaan van wettelijk gedefinieerde groepen. Dat een individuele verzoeker lid is van een dergelijke groep, is uiteraard van belang voor het identificeren van een van de te vergelijken groepen. Uit de individuele situatie van een dergelijke verzoeker kan ook blijken hoe de in individuele zaken te beoordelen algemene regeling daadwerkelijk wordt toegepast. In het geval van in regelgeving vervatte discriminatie worden bij de abstracte toetsing echter groepen personen, en niet individuen, vergeleken. Het onderzoek naar de vergelijkbaarheid wordt gebaseerd op groepen personen.

<sup>17</sup> Zie punten 37 en 38 van deze conclusie.

<sup>18</sup> Zie in dit verband de zaak Feryn, waarin de discriminatie was terug te voeren op het beleid van de werkgever om geen allochtonen in dienst te nemen en waarin is geoordeeld dat er *geen identificeerbaar slachtoffer hoeft te zijn* om te kunnen spreken van discriminatie (arrest van 10 juli 2008, C-54/07, EU:C:2008:397, punt 40).

<sup>19</sup> Zie bijvoorbeeld arresten van 8 april 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, punt 40), en 17 september 2002, Lawrence e.a. (C-320/00, EU:C:2002:498, punt 17).

52. Dit was bijvoorbeeld het geval in de op leeftijdsdiscriminatie betrekking hebbende arresten Mangold en Küçükdeveci.<sup>20</sup> De verzoekers in die zaken voerden aan dat zij slachtoffer waren van discriminatie vanwege hun leeftijd. Op grond van het nationale arbeidsrecht werden *mensen van hun leeftijdsgroep* minder beschermd dan *andere leeftijdsgroepen*. Hun respectievelijke werkgevers hadden de ongunstiger regeling toegepast op de betrokken verzoekers. Het Hof is in die zaken tot het oordeel gekomen dat de *nationale regeling* discriminatie oplevert en in strijd is met het Unierecht. Het heeft in dit verband niet de situatie van de verzoekers en die van hun collega's vergeleken, maar in de praktijk een vergelijking uitgevoerd tussen de behandeling van de minst begunstigde leeftijdsgroep en die van de meer begunstigde leeftijdsgroepen (dus tussen in de betwiste regeling abstract gedefinieerde groepen).<sup>21</sup>

53. Uit de benadering van het Hof in die zaken komt naar voren dat de juridische beoordeling zich duidelijk kenmerkt door een abstracte, algemene *beoordeling van de verenigbaarheid* van de nationale regeling met het Unierecht, en niet door een onderzoek naar de specifieke discriminatie die zich bij de verwerende werkgever voordoet en waarvan de verzoeker ten opzichte van zijn collega's slachtoffer is.<sup>22</sup>

54. Dit moet volgens mij in deze zaak voor ogen worden gehouden. De verwijzende rechter vraagt in aansluiting op de verenigbaarheidsvraag namelijk in zijn vierde vraag specifiek hoe de discriminatie praktisch en concreet moet worden aangepakt. Met die vraag komen de vragen wat de „bron” van de discriminatie is en welke „entiteit [...] verantwoordelijk is voor de ongelijkheid en [...] de gelijke behandeling zou kunnen herstellen” op de voorgrond te staan.<sup>23</sup>

### **3. Welke groepen: op welke kenmerken is de vergelijking gebaseerd?**

55. Zoals reeds is aangegeven, hebben de meeste belanghebbenden die opmerkingen hebben gemaakt, zich de vraag gesteld of verzoekers situatie vergelijkbaar was met die van de leden van de vier kerken. Bij die vergelijking is echter uitgegaan van verschillende kenmerken en zijn andere vergelijkingsmaatstaven gehanteerd. Hierdoor is er sprake van onderling verschillende te vergelijken groepen.

56. In grote lijnen hebben partijen drie mogelijkheden voorgesteld, afhankelijk van het gekozen niveau van abstractie:

- i) werknemers voor wie Goede Vrijdag het belangrijkste religieuze feest van het jaar is (hierna: „enge vergelijkingsmaatstaf”; dit is in wezen het standpunt van de Oostenrijkse regering en verweerster). Wordt die enge vergelijkingsmaatstaf gehanteerd en rekening gehouden met hetgeen verzoeker ter terechtzitting heeft verklaard, dan kan verzoekers situatie niet worden vergeleken met die van de leden van de vier kerken. Er zou dan geen sprake zijn van vergelijkbaarheid en daarmee ook niet van discriminatie;

20 Arresten van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), en 19 januari 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

21 In de zaken Mangold en Küçükdeveci (en ook in deze zaak) behoorde de verzoeker tot de minst begunstigde groep. Voor een zaak waarin een vergelijkbare aanpak wordt gehanteerd, maar minder duidelijk is of de in die zaak aan de orde zijnde maatregel eigenlijk (uitsluitend) ten voordele van of (uitsluitend) ten nadele van een bepaalde groep is, zie arrest van 19 juli 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

22 In gevallen waarin de discriminatie door de werkgever wordt veroorzaakt, wordt een andere aanpak gehanteerd. In veel zaken moeten specifieke groepen collega's die gunstiger worden behandeld, in kaart worden gebracht om überhaupt een vergelijking te kunnen maken. Zie in die zin arresten van 17 september 2002, Lawrence e.a. (C-320/00, EU:C:2002:498), en 13 januari 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18).

23 Arresten van 17 september 2002, Lawrence e.a. (C-320/00, EU:C:2002:498, punten 17 en 18), en 13 januari 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, punten 45 en 46). Dit onderscheid heeft duidelijk gevolgen voor de vraag naar de beschikbare rechtsmiddelen, welke vraag nader wordt behandeld in de punten 172 tot en met 196 van deze conclusie.

- ii) werknemers voor wie er een „heel bijzonder” (religieus) feest is dat niet met een andere naar nationaal recht reeds erkende feestdag samenvalt (hierna: „enge noch ruime vergelijkingsmaatstaf”; dit is in wezen het standpunt van de Commissie). Op basis van deze maatstaf is niet duidelijk of verzoekers situatie kan worden vergeleken met die van de leden van de vier kerken, aangezien zijn geloofsovertuiging niet bekend is. Uiteindelijk zou de nationale rechter zich moeten uitlaten over deze feitelijke kwestie;
- iii) werknemers die op Goede Vrijdag werken en die wat het loon voor die dag betreft ten opzichte van andere werknemers anders worden behandeld op grond van godsdienst (hierna: „ruime vergelijkingsmaatstaf”; dit is in wezen verzoekers standpunt). Wordt deze maatstaf gehanteerd, dan kan verzoekers situatie worden vergeleken met die van leden van de vier kerken die op Goede Vrijdag werken. Er zou dan in beginsel sprake zijn van discriminatie.

57. Alvorens nader stil te staan bij de vraag welke vergelijkingsmaatstaf in deze zaak moet worden gehanteerd, moet in een ruimer verband een opmerking worden gemaakt. In de schriftelijke vragen die het Hof aan partijen heeft doen toekomen, heeft het de vraag gesteld of het in beginsel mogelijk was om onder expliciete verwijzing naar een van de zogenoemde verdachte gronden die specifiek worden genoemd in artikel 21, lid 1, van het Handvest en artikel 1 van richtlijn 2000/78 (in dit geval godsdienst) aan te nemen dat er geen sprake is van vergelijkbaarheid.

58. In zaken die betrekking hebben op een verschil in behandeling dat rechtstreeks te maken heeft met de verdachte grond als zodanig, heeft het Hof stelselmatig geoordeeld dat er sprake is van discriminatie.<sup>24</sup> Als er in dit verband al wordt ingegaan op argumenten dat er geen sprake is van vergelijkbaarheid, wijst het Hof deze doorgaans snel van de hand.<sup>25</sup>

59. Mijns inziens kan echter niet abstract worden geoordeeld dat een op een verdachte grond gebaseerd verschil in behandeling *steeds* directe discriminatie oplevert.<sup>26</sup> Er valt niet geheel uit te sluiten dat ook op basis van een verdachte grond kan worden uitgesloten dat er sprake is van vergelijkbaarheid.<sup>27</sup>

60. Ik neem aan dat het, net als in veel andere zaken, vooral gaat om de mate van gedetailleerdheid waarmee de differentiatiegrond is geformuleerd. De verdachte grond is altijd abstract (bijvoorbeeld geen discriminatie op grond van godsdienst). De regelingen die in individuele gevallen een vergelijkingskader bieden, zijn echter noodzakelijkerwijs gedetailleerder en houden vaak ook rekening met andere belangen en overwegingen (zoals regelingen met betrekking tot feestdagen en beloning). In de praktijk zal het dus zelden voorkomen dat zowel de verdachte grond als het vergelijkingskader precies even abstract zijn geformuleerd en precies dezelfde strekking hebben.

24 Arresten van 8 november 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, punten 12 en 17); 8 november 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, punt 13); 27 februari 2003, Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, punt 39), en 1 april 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punt 72). Dit is duidelijk het geval als het verschil in behandeling expliciet wordt gebaseerd op de verdachte grond (zie bijvoorbeeld arrest van 5 juli 2017, Fries, C-190/16, EU:C:2017:513, punten 32-34). Het enkele feit dat een maatregel een *verwijzing* bevat naar een verdachte grond is echter op zichzelf niet voldoende om te kunnen spreken van directe discriminatie (zie arresten van 14 maart 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punt 30, en 14 maart 2017, Bougnaoui en ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204, punt 32). Het Hof heeft een soortgelijke aanpak gehanteerd als het verschil in behandeling is ingegeven door de verdachte grond (zie bijvoorbeeld arrest van 16 juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, punt 91) of de verdachte grond in de praktijk alleen gevolgen heeft voor een groep die kan worden bepaald aan de hand van de verdachte grond (zie bijvoorbeeld arrest van 20 september 2007, Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, punt 55).

25 Zie bijvoorbeeld arrest van 19 juli 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, punten 25-28). Voor een voorbeeld van een zaak waarin er wel sprake was van onvergelijkbaarheid, zie arrest van 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 Voor een andere zienswijze zie conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Bressol e.a. (C-73/08, EU:C:2009:396, punt 55).

27 Arrest van 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, punt 40).

61. Uit de aangehaalde rechtspraak komt evenwel duidelijk naar voren dat als een verdachte grond op die manier wordt aangevoerd, de spreekwoordelijke alarmbellen moeten gaan rinkelen. Dat er geen sprake is van vergelijkbaarheid, betreft dan een uitzondering. Tenzij er duidelijke en overtuigende redenen zijn om aan te nemen dat de betrokken groepen zo fundamenteel verschillend zijn dat het zinloos is om na te gaan of de maatregel noodzakelijk of evenredig is, moeten verschillen in behandeling worden bekeken vanuit de invalshoek of er rechtvaardigingsgronden zijn, en niet vanuit de invalshoek of er sprake is van (on)vergelijkbaarheid.

62. De omstandigheid dat de vergelijkbaarheid en de rechtvaardigingsgronden overlappen, wat maakt dat er bij het hier te gebruiken kader voor de beoordeling van discriminatie inhoudelijk sprake is van transitiviteit, komt ook naar voren in de onderhavige zaak. Formeel gezien valt de discriminatietoets uiteen in verschillende fasen: er is het onderzoek naar het bestaan van vergelijkbare situaties, vervolgens wordt gekeken of de betrokken groepen verschillend worden behandeld en, zo er sprake is van discriminatie (verschillende behandeling van vergelijkbare gevallen), volgt er een onderzoek naar rechtvaardigingsgronden. Al deze fasen zien echter op soortgelijke vragen over de omvang en het belang van feitelijke verschillen en verschillen in behandeling. Zijn de in geding zijnde situaties voldoende verschillend (waarbij ook wordt gekeken naar de aard en omvang van het verschil in behandeling in de praktijk), dan is er geen vergelijkbaarheid mogelijk. Indien de situaties daarentegen niet voldoende verschillend zijn (wat meer voor de hand ligt als het verschil in behandeling op het eerste gezicht ietwat overdreven lijkt), is er wel sprake van vergelijkbaarheid en een verschil in behandeling, en wordt er vervolgens nagegaan of er rechtvaardigingsgronden zijn. Bij het beoordelen van rechtvaardigingsgronden is met name de vraag aan de orde of het verschil in behandeling, ofschoon het ziet op juridisch vergelijkbare situaties, een adequate en juiste weergave is van de feitelijke verschillen tussen die situaties.

63. Dit voor ogen houdend, zal ik thans nagaan welke vergelijkingsmaatstaf moet worden gehanteerd in deze zaak.

#### **4. Te hanteren vergelijkingsmaatstaf in deze zaak**

64. Volgens vaste rechtspraak van het Hof „moet het vereiste dat situaties vergelijkbaar moeten zijn met het oog op de vaststelling of sprake is van schending van het beginsel van gelijke behandeling, worden beoordeeld in het licht van alle kenmerken van de situaties”.<sup>28</sup> Voorts dient de vergelijkbaarheid te worden onderzocht in het licht van de door de aan de orde zijnde nationale bepalingen nagestreefde doelstelling.<sup>29</sup>

65. In de onderhavige zaak heeft de Oostenrijkse regering erop gewezen dat Goede Vrijdag het belangrijkste religieuze feest is voor de leden van de vier kerken. De *doelstelling* die met de aan de orde zijnde nationale regeling wordt beoogd, is dat die kerkleden op die dag kunnen deelnemen aan religieuze activiteiten en dat hun recht op godsdienstvrijheid dus in acht wordt genomen.

66. Volgens de rechtspraak is het tevens zo dat de vergelijkbaarheid niet algemeen en abstract, maar specifiek dient te worden onderzocht „voor de betrokken prestatie”.<sup>30</sup>

67. Zoals reeds is aangegeven<sup>31</sup>, is in deze zaak de betrokken prestatie niet de vrije dag op Goede Vrijdag, maar wel de toeslag. Hierop gelet ben ik van oordeel dat de ruime vergelijkingsmaatstaf moet worden gehanteerd.

28 Arrest van 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, punt 31).

29 Arrest van 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, punt 33).

30 Arresten van 1 april 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punt 42); 10 mei 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, punt 42); 12 december 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, punt 33), en 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, punt 32).

31 Zie punten 40 tot en met 43 van deze conclusie.



68. Als gevolg van de toeslag krijgt een beperkte groep individuen die op Goede Vrijdag arbeid verrichten, dubbel betaald precies vanwege hun godsdienst. Andere personen die op die dag werken krijgen niet dubbel betaald, hoewel het mogelijk is dat zij precies hetzelfde werk verrichten. Er is voor de betrokken prestatie geen relevante factor die beide groepen van elkaar onderscheidt. In beginsel is er geen verband tussen beloning en geloof.

69. Hieraan wordt mijns inziens niet afgedaan door het beoogde doel van de nationale regeling, namelijk het beschermen van de vrijheid van godsdienst en geloofsbelijdenis. Ik begrijp eenvoudigweg niet hoe de omstandigheid dat een specifieke, aan de hand van religie gedefinieerde groep werknemers dubbel betaald krijgt voor een bepaalde dag, op een of andere manier kan bijdragen aan de realisatie van dat doel. Met enig cynisme zou zelfs kunnen worden gezegd dat het feit dubbel betaald te krijgen voor werken op Goede Vrijdag, een financiële prikkel kan zijn voor leden van de vier kerken om op die dag hun geloof *niet* te belijden.

70. In reactie daarop kan worden gesteld dat leden van de vier kerken die op Goede Vrijdag werken, zich in een andere situatie bevinden omdat het verrichten van arbeid op die dag met name voor hen gevolgen heeft. Het is mij bekend dat in bepaalde sectoren werkgevers ook van leden van de vier kerken kunnen verlangen dat zij op Goede Vrijdag werken. Zoals ik reeds heb aangegeven, is volgens de rechtspraak van het Hof hier echter de vraag aan de orde of de situaties *in het licht van het doel* van de nationale regeling (dat, naar ik begrijp, de bescherming van de godsdienstvrijheid is en niet ziet op een vergoeding voor een vermeend gebrek aan bescherming) *en voor de betrokken prestatie* kunnen worden vergeleken. Verder wijs ik er ook op dat wie arbeid verricht tijdens een feestdag, krachtens § 9, lid 5, van de wet op rusttijden recht heeft op toeslag, *ongeacht of er sprake is van een religieuze dan wel niet-religieuze feestdag*.

71. Gelet op het voorgaande ben ik, wat de toeslag betreft en in het licht van het doel van de relevante nationaalrechtelijke bepalingen, van mening dat alle werknemers die op Goede Vrijdag werken en ten aanzien waarvan op grond van godsdienst een onderscheid wordt gemaakt waar het gaat om hun loon voor die dag, kunnen worden vergeleken.

72. Ik wil hier nog een aantal opmerkingen over vergelijkbaarheid aan toevoegen.

73. Ten eerste wil ik duidelijk stellen dat ik uiteraard de bijzondere betekenis van Goede Vrijdag voor de leden van die vier kerken niet ter discussie stel. Op dit specifieke punt kan er duidelijk een onderscheid worden gemaakt met individuen voor wie Goede Vrijdag die betekenis niet heeft. Ik meen echter dat de relevantie van dit kenmerk groter of kleiner is afhankelijk van de betrokken maatregel: toekenning van vrije tijd op die dag; toekenning van een vrije dag die wordt afgetrokken van de vakantiedagen; toekenning van een betaalde vrije dag, en toekenning van een toeslag voor op die dag verrichte arbeid. In deze zaak is de aan de orde zijnde prestatie de toeslag. Wat die toeslag betreft, verkeren leden van de vier kerken die op Goede Vrijdag werken mogelijksterwijs niet in *dezelfde* situatie als andere werknemers, maar de relevantie van hun godsdienst is zeker niet van dien aard dat hun situatie en die van andere werknemers onvergelijkbaar worden.<sup>32</sup>

74. Ten tweede wordt bij de beoordeling van verenigbaarheid met het Unierecht uitgegaan van de in het nationale recht aangegeven doelstellingen en categorieën. Deze doelstellingen en categorieën kunnen echter niet op zichzelf bepalend en doorslaggevend zijn. Zoals ik reeds elders heb opgemerkt<sup>33</sup>, zou, indien dit anders zou zijn en de kwestie van de vergelijkbaarheid op intellectueel

32 Arrest van 19 juli 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, punt 25).

33 Zie mijn conclusie in de zaak MB (C-451/16, EU:C:2017:937, punt 47).

niveau vooraf zou worden bepaald door categorieën die door de nationale wettelijke regeling zijn vastgesteld, die nationale wettelijke regeling zelf door middel van haar werkingssfeer de groep van mogelijke vergelijkingen definiëren. Een dergelijke beoordeling wordt noodzakelijkerwijs een cirkelvormige beoordeling, met feitelijk geen mogelijkheid van herziening.

75. In het onderhavige geval wordt bij het onderzoek naar de vergelijkbaarheid het gewicht van de in het nationale recht aangegeven doelstellingen en categorieën mijns inziens aanzienlijk verminderd, met name door de discrepantie tussen het genoemde doel om het recht op geloofsbelijdenis op Goede Vrijdag te beschermen en de grotere financiële beloning om op die dag toch te werken.

76. Ten derde is er bij de nationale wettelijke regeling in deze zaak duidelijk sprake van maatwerk. Er worden doelstellingen bepaald en categorieën gedefinieerd waarmee bepaalde personen worden aangewezen voor een specifieke behandeling. Het betreft individuen die behoren tot specifieke (en ten opzichte van de gehele Oostenrijkse bevolking blijkbaar betrekkelijk kleine)<sup>34</sup> christelijke groeperingen. Voorzichtigheid is dan ook geboden. Wordt echter aangenomen dat die zeer specifieke kenmerken daadwerkelijk dermate relevant en betekenisvol zijn dat de situatie van de leden van de vier kerken onvergelykbaar wordt, dan zou dit impliceren dat leden van andere religieuze groeperingen waarschijnlijk ook relevante kenmerken hebben waardoor zij zich onderscheiden van leden van andere groeperingen.

77. Van discriminatie is niet alleen sprake als dezelfde situatie verschillend wordt behandeld, maar ook als objectief verschillende situaties op dezelfde wijze worden behandeld. Wordt ervan uitgegaan dat de leden van de vier kerken relevante kenmerken hebben waardoor zij zich onderscheiden, dan moet in beginsel elke godsdienst afzonderlijk in beschouwing worden genomen, zodat kan worden bepaald welke verschillende behandeling de leden van die godsdienst moeten krijgen wat extra (betaalde) vrije dagen en toeslagen betreft.<sup>35</sup> Dit is echter niet hoe de Oostenrijkse Staat de zaken heeft aangepakt. In de schriftelijke en mondelinge opmerkingen van de Oostenrijkse regering is bevestigd dat er een collectieve arbeidsovereenkomst is op grond waarvan aanhangers van het jodendom op Jom Kipoer (Grote Verzoendag) een vrije dag hebben. Die cao geldt blijkbaar alleen voor bepaalde sectoren van de nationale economie. Het gaat in elk geval om de enige andere godsdienst die een dergelijke specifieke behandeling krijgt.<sup>36</sup>

78. Dit is uiteindelijk ook een extra argument waarom de door de Oostenrijkse regering en verweerster voorgestane enge vergelijkingsmaatstaf niet kan worden gehanteerd. Ook al wordt aangenomen dat alleen de leden van de vier kerken er objectief gezien behoefte aan hebben om op Goede Vrijdag hun geloof te belijden, zodat zij niet kunnen worden vergeleken met andere religieuze groeperingen (omdat waarschijnlijk geen van die groeperingen dezelfde behoefte heeft om op die bepaalde dag haar geloof te belijden), en ook al wordt er voorbijgegaan aan het feit dat met de toeslag de geloofsbelijdenis eerder ontmoedigd dan aangemoedigd wordt, dan nog is de vraag naar de *selectiviteit* van de maatregel

34 In haar schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting heeft de Oostenrijkse regering aangegeven dat, historisch gezien, de leden van de vier kerken in Oostenrijk een minderheid waren die, anders dan de katholieke meerderheid, geen feestdag hadden op de dag van hun belangrijkste religieuze feest. Ten tijde van de invoering van § 7, lid 3, in de wet vormden de leden van de vier kerken mogelijk de meerderheid van de niet-katholieke bevolking. Zoals uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt, gaat het echter niet om de gehele niet-katholieke bevolking in Oostenrijk, die ook andere geloofsovertuigingen omvat.

35 Voor een voorbeeld waarin situaties op dezelfde wijze worden behandeld, maar die situaties om religieuze redenen kunnen worden onderscheiden zie arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (grote kamer) van 6 april 2000, Thlimmenos tegen Griekenland (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

36 Zie bijvoorbeeld arrest van 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, punt 38). In die zaak heeft het Hof zich gebogen over de vraag of jongeren die naar school gaan of aan de universiteit studeren en tijdens hun vakantie werken, kunnen worden vergeleken met andere werknemers. Het Hof heeft geoordeeld dat die groepen niet vergelijkbaar zijn. Het heeft de doelstellingen van de nationale regeling weliswaar bij zijn beoordeling betrokken, maar heeft duidelijk ook de samenhang van de argumentatie en de behandeling van andere groepen voor ogen gehouden.

duidelijk aan de orde, waardoor het discriminatievraagstuk op een hoger niveau wordt gebracht. Wat gebeurt er namelijk met andere religieuze groeperingen of gemeenschappen die ook grote religieuze feesten hebben die niet zijn opgenomen op de lijst van bestaande feestdagen in § 7, lid 2, van de wet op rusttijden?

79. Wordt die logica omtrent (on)vergelijkbaarheid geheel toegepast, dan zou geen van die groeperingen vergelijkbaar zijn met een andere groepering, aangezien er een objectieve behoefte bestaat aan het vieren van onderling verschillende religieuze feesten. De vraag rijst dan of de nationale wetgever in dat geval zou kunnen bepalen dat slechts sommige groeperingen bepaalde feestdagen (wellicht ook met een verschillende duur) hebben en andere niet, aan welke feestdagen mogelijksterwijs een verschillende beloning is verbonden.

80. Om de genoemde redenen kom ik tot de slotsom dat de toepassing van § 7, lid 3, juncto § 9, lid 5, van de wet op rusttijden tot gevolg heeft dat verzoeker ongunstiger wordt behandeld dan leden van de vier kerken die dubbel betaald krijgen als zij op Goede Vrijdag werken. Het aan discriminatie ten grondslag liggende verschil in behandeling houdt rechtstreeks verband met godsdienst.<sup>37</sup>

81. Mijns inziens doet niet ter zake dat § 9, lid 5, van de wet op rusttijden op het eerste gezicht neutraal is, aangezien uit het verzoek om een prejudiciële beslissing duidelijk volgt dat het aan die bepaling ontleende recht op toeslag voortvloeit uit § 7, lid 3, van die wet. § 7, lid 3, is niet neutraal. In dit artikel wordt namelijk expliciet een onderscheid gemaakt op basis van godsdienst. Het verschil in behandeling dat daarvan het gevolg is, levert discriminatie in de zin van artikel 21, lid 1, van het Handvest en directe discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78 op.

## **5. Betaalde vrije dag**

82. In de in dit deel van deze conclusie uitgevoerde discriminatiebeoordeling staat de toeslag centraal. Ik heb getracht aan te geven waarom bij de vergelijkbaarheidstoets moet worden uitgegaan van dit aspect. Uiteindelijk gaat het in het hoofdgeding om de toeslag, maar volledigheidshalve ga ik kort in op de betaalde vrije dag en geef ik aan hoe het vergelijkingskader zou wijzigen als de beoordeling wordt toegespitst op die vrije dag.

83. Ik heb er reeds op gewezen dat het belang van Goede Vrijdag voor de leden van de vier kerken bij de vergelijkbaarheidstoets aanzienlijker of geringer is afhankelijk van de betrokken prestatie.<sup>38</sup> Het toekennen van (onbetaalde) vrije tijd op die dag sluit duidelijk beter aan bij het doel om de godsdienstvrijheid te beschermen dan de toeslag. Dat werknemers die geen arbeid verrichten op Goede Vrijdag om hun geloof te kunnen belijden worden doorbetaald, sluit wat minder aan bij het precieze, door de Oostenrijkse regering geformuleerde doel, maar ligt nog altijd veel dichter bij dat initiële doel dan de toeslag.<sup>39</sup>

84. Op basis van die overwegingen kom ik tot de slotsom dat als het slechts om de betaalde vrije dag ging, er aanleiding zou zijn om de door de Commissie voorgestane enge noch ruime vergelijkingsmaatstaf te hanteren.

85. Feit blijft echter dat verzoeker in het hoofdgeding niet vraagt om een betaalde vrije dag te hebben op Goede Vrijdag. Hij verlangt ook niet dat een andere bijzondere dag wordt aangemerkt als een dag die onder dezelfde regeling valt, zodat er rekening wordt gehouden met zijn specifieke, andere religieuze overtuiging. Wat er wordt gevorderd is de toeslag voor de op Goede Vrijdag verrichte arbeid, en daarmee beëindiging van de op godsdienst gebaseerde loondiscriminatie.

37 Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Kokott in *G4S Secure Solutions* (C-157/15, EU:C:2016:382, punt 43).

38 Zie punten 40 tot en met 43 en 73 van deze conclusie.

39 Vooral voor werknemers voor wie het nemen van een extra, onbetaalde vrije dag financieel moeilijk ligt.

86. Zelfs indien het algemene doel van de maatregel voor ogen wordt gehouden en ook in beschouwing wordt genomen dat de betaalde vrije dag en de toeslag in wezen twee kanten van dezelfde medaille zijn, kan de door de Commissie voorgestane enge noch ruime vergelijkingsmaatstaf<sup>40</sup> dus niet doorslaggevend zijn in deze zaak. Verder ben ik om dezelfde redenen als voor de toeslag<sup>41</sup> van mening dat het door de Oostenrijkse regering en verweerster voorgestane hanteren van de enge vergelijkingsmaatstaf ook in elk geval is uitgesloten waar het gaat om de betaalde vrije dag.

## **6. Conclusie met betrekking tot de eerste vraag**

87. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de eerste vraag van de verwijzende rechter als volgt te beantwoorden:

„Artikel 21, lid 1, van het Handvest, gelezen in samenhang met artikel 1 en artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78, dient aldus te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan Goede Vrijdag alleen voor leden van de evangelische kerken Augsburgse Bekenntnis en Helvetisches Bekenntnis, de Oud-Katholieke Kerk en de Evangelisch-Methodistische Kerk een feestdag met een ononderbroken rusttijd van ten minste 24 uur is en aan een werknemer, ingeval hij lid is van een van de genoemde kerken en op deze feestdag toch arbeid verricht, naast het recht op loon voor de arbeid die niet hoeft te worden verricht omdat deze dag een feestdag is, ook een recht op loon wordt toegekend voor de daadwerkelijk verrichte arbeid, maar op grond waarvan dit recht niet toekomt aan andere werknemers, die geen lid zijn van deze kerken.”

## **D. Tweede vraag**

88. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de ten behoeve van de leden van de vier kerken genomen maatregelen, mits er sprake is van discriminatie, op grond van artikel 2, lid 5, van richtlijn 2000/78 kunnen worden gerechtvaardigd.

89. Volgens mij is dat niet het geval.

90. Als inleidende opmerking wijs ik erop dat, aangezien bij de behandeling van de eerste vraag is vastgesteld dat de aan de orde zijnde maatregelen zich niet verdragen met artikel 21, lid 1, van het Handvest juncto artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78, mogelijke rechtvaardigingsgronden moeten worden getoetst aan artikel 52, lid 1, van het Handvest respectievelijk artikel 2, lid 5, van de richtlijn. Afgezien van het formele aspect dat krachtens een richtlijnbevestiging niet kan worden afgeweken van een bepaling van het Handvest, is het zo dat de twee genoemde bepalingen in enigszins andere bewoordingen zijn geformuleerd.

40 In dit verband wordt zelfs niet ingegaan op de voorwaarde niet eenvoudige vraag hoe de enge noch ruime vergelijkingsmaatstaf moet worden gehanteerd: wat moet worden verstaan onder een „bijzondere” dag? Is er een wettelijke drempelwaarde voor het religieuze of spirituele belang? Welke religies moeten in aanmerking worden genomen en kan het systeem ook worden toegepast op andere overtuigingen waarbij er sprake is van meerdere dagen van grote betekenis? Hoe zit het bijvoorbeeld met atheïsten, voor wie er ook dagen zijn die een bijzondere betekenis hebben? Hebben ook katholieken recht op een extra vrije dag? Om historische redenen ligt een aantal van hun bijzondere dagen immers al besloten in de 13 andere feestdagen. Ter terechtzitting is ook ingegaan op de omstandigheid dat het verstrekt aan de werkgever van details over de eigen (religieuze) overtuigingen, wat een logisch gevolg is van de toepassing van de enge noch ruime vergelijkingsmaatstaf, gevoelig ligt.

41 Punten 76 tot en met 79 van deze conclusie.

91. Wat de onderhavige zaak betreft, verloopt de inhoudelijke toetsing aan beide bepalingen grotendeels gelijk. Bij de twee bepalingen wordt de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen ter rechtvaardiging aangevoerd. Bovendien moeten deze bepalingen strikt worden uitgelegd omdat het om uitzonderingen op het discriminatieverbod gaat<sup>42</sup>, en moet er tevens een evenredigheidstoetsing plaatsvinden.<sup>43</sup>

92. Er zijn drie specifieke redenen waarom toekenning van de toeslag volgens mij *niet* kan worden gerechtvaardigd op grond van artikel 52, lid 1, van het Handvest of op grond van artikel 2, lid 5, van richtlijn 2000/78.

93. In de eerste plaats is niet meteen duidelijk dat de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen ook kan zien op het toekennen van een toeslag wanneer die vrijheden worden ingeperkt. In dat geval lijkt er geen sprake van bescherming, maar van vergoeding voor een gebrek aan bescherming.

94. Voor zover toekenning in beginsel onder die bescherming kan vallen, wijs ik er evenwel op dat in de bepalingen specifiek wordt verwezen naar de bescherming van de rechten en vrijheden van *anderen*. Artikel 2, lid 5, van de richtlijn werd blijkbaar op het laatste moment in de richtlijn ingevoegd op aandringen van het Verenigd Koninkrijk<sup>44</sup>, en uit bepaalde aanwijzingen blijkt dat met deze bepaling werd beoogd om *het brede publiek* te beschermen tegen de kwade bedoelingen van bepaalde groepen.<sup>45</sup>

95. Hoe ik een dergelijke bepaling zie, sluit hierbij aan: afwijkingen zijn toegestaan ter bescherming van rechten en vrijheden van *anderen*, welke rechten en vrijheden een horizontale en transversale invulling moeten krijgen. Het betreft dus de rechten en vrijheden van de rest van de samenleving in haar geheel. Dat is de logische structuur van een afwijking: een last of nadeel waarmee een specifieke groep te maken krijgt, kan rechtmatig op die groep rusten als dit noodzakelijk is en tevens evenredig is aan het algemene belang van het brede publiek. In deze fase kan een zekere belangenafweging plaatsvinden tussen het specifieke nadeel en het algemene belang.

96. Wordt de logica geaccepteerd dat de anderen in de genoemde bescherming van de rechten en vrijheden van *anderen* in feite de leden van de groep zijn waaraan volgens de betrokken regeling bepaalde voordelen worden verleend, dan zou die logica ondersteboven worden gezet. De gehele redenering zou cirkelvorming worden en elke specifieke regeling zou worden gerechtvaardigd door het enkele feit dat zij bestaat.

97. In de tweede plaats is het *selectieve* karakter van § 7, lid 3, en § 9, lid 5, van de wet op rusttijden hoe dan ook problematisch vanuit evenredigheidsperspectief, met name waar het gaat om het eerste aspect dat daarbij komt kijken, namelijk de adequaatheid. Het aangegeven doel van de maatregelen is weliswaar de bescherming van godsdienstvrijheid, maar de maatregelen zien slechts op specifieke groepen. Er is geen sprake van andere minderheden. Bij de beoordeling van de evenredigheid van een discriminerende nationale maatregel houdt het Hof rekening met de vraag of de maatregel aansluit bij het gestelde doel. Het heeft geoordeeld dat „een wettelijke regeling slechts geschikt is om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen wanneer de verwezenlijking ervan *coherent en systematisch* wordt nagestreefd, en [dat] uitzonderingen op de bepalingen van een wet in sommige

42 Zie arresten van 13 september 2011, Prigge e.a. (C-447/09, EU:C:2011:573, punten 55 en 56), en 12 december 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, punt 46).

43 Zie artikel 21, lid 1, van het Handvest en overweging 23 van de richtlijn. Zie ook arrest van 5 juli 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, punt 44).

44 Zie bijvoorbeeld Ellis, E., en Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2e druk, Oxford EU Law Library, Oxford, 2012, blz. 403.

45 Conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Bougnaoui en ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553, voetnoot 99).



gevallen de coherentie van deze wet kunnen aantasten”.<sup>46</sup> De hier aan de orde zijnde bepalingen van nationaal recht bevatten weliswaar geen uitzonderingen op grond waarvan bepaalde groepen zijn uitgesloten, maar het feit dat de werkingssfeer van het desbetreffende recht zeer strikt is afgebakend, heeft dezelfde praktische uitwerking. Uitsluitend de leden van de vier kerken komen in aanmerking.

98. Dit selectiviteitsprobleem wordt niet opgelost door het feit dat krachtens andere regelingen vrije tijd wordt toegekend om religieuze redenen. Zo is er in Oostenrijk bijvoorbeeld een cao op grond waarvan aanhangers van het jodendom op Jom Kipoer vrij zijn, en bestaat er ook een zorgplicht van werkgevers jegens hun werknemers.<sup>47</sup>

99. Wat de cao betreft, heeft de Oostenrijkse regering in haar schriftelijke antwoorden op de vragen van het Hof echter verklaard dat die regeling niet geldt voor alle sectoren en ook slechts op leden van een specifieke religieuze groepering betrekking heeft. Aangaande de zorgplicht ben ik van mening dat het recht van een werknemer om proactief een aantal uren vrij te vragen om zijn geloof te kunnen belijden, geenszins kan worden vergeleken met het in nationale wetgeving of een cao neergelegde recht op een betaalde vrije dag. Meer algemeen wijs ik erop dat, zelfs als aanhangers van andere geloofsovertuigingen op hun verzoek en met instemming van de werkgever vrije tijd kunnen krijgen voor het belijden van hun geloof, er geen sprake is van een algemeen, automatisch recht op toeslag als die vrije tijd niet daadwerkelijk wordt genomen.

100. In de derde plaats is er geen onderling verband tussen de bescherming van godsdienstvrijheid en het recht op toeslag als op Goede Vrijdag wordt gewerkt. Om dezelfde redenen meen ik dat het toekennen van een toeslag aan leden van de vier kerken die op Goede Vrijdag arbeid verrichten, ook al gebeurt het op een dergelijke selectieve wijze, onevenredig is omdat het *niet geschikt* is ter bereiking van het doel de godsdienstvrijheid te beschermen uit hoofde van artikel 52, lid 1, van het Handvest en artikel 2, lid 5, van richtlijn 2000/78. Ik heb wederom moeite om te begrijpen hoe het dubbel betaald krijgen voor het *niet belijden van het geloof* op Goede Vrijdag geschikt is ter bereiking van het doel om de (ook selectief toegekende) vrijheid van godsdienst en geloofsbelijdenis te beschermen.

101. Ten slotte wijs ik erop dat de voorgaande overwegingen weliswaar zijn toegespitst op de toeslag, maar dat de in de punten 97 en 98 van deze conclusie gevolgde redenering met betrekking tot de selectiviteit van de maatregel waar het gaat om *de betaalde vrije dag*, ook hier van toepassing is en eraan in de weg staat dat de discriminerende aard van die prestatie wordt gerechtvaardigd.

102. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de tweede vraag van de verwijzende rechter als volgt te beantwoorden:

„In omstandigheden als die van het onderhavige geval is er bij de nationale regeling op grond waarvan slechts leden van bepaalde kerken die op Goede Vrijdag arbeid verrichten recht hebben op een toeslag als bedoeld in de eerste vraag, geen sprake van een maatregel die in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van de rechten en vrijheden van derden in de zin van richtlijn 2000/78.”

## E. Derde vraag

103. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de ten behoeve van de leden van de vier kerken genomen maatregelen vallen binnen het bereik van het begrip „positieve acties en specifieke maatregelen” als bedoeld in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2000/78 juncto artikel 21, lid 1, van het Handvest.

<sup>46</sup> Arrest van 5 juli 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, punt 48).

<sup>47</sup> Vervat in § 8 van de wet op rusttijden.

104. Ik denk het niet.

105. Ter inleiding merk ik op dat niet meteen duidelijk is hoe artikel 21, lid 1, van het Handvest en artikel 7, lid 1, van richtlijn 2000/78 zich precies tot elkaar verhouden. Met name is het debat over de vraag of positieve acties en specifieke maatregelen een (tijdelijke) afwijking van het beginsel van gelijke behandeling vormen dan wel in feite een integraal onderdeel van een zeer concrete gelijkheidsvisie zijn, verre van afgesloten. Voor deze conclusie acht ik het evenwel niet nodig om nader in te gaan op dergelijke fundamentele vragen.

106. In de onderhavige zaak heeft de Oostenrijkse regering betoogd dat de aan de orde zijnde maatregelen aldus kunnen worden uitgelegd dat er sprake is van positieve acties en specifieke maatregelen omdat die maatregelen zijn getroffen ter compensatie van een minder gunstige behandeling in het verleden. Blijkens de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering hadden de leden van de vier kerken, anders dan de katholieke meerderheid, geen recht op een vrije dag om het voor hen belangrijkste religieuze feest van het jaar te vieren en was dat jarenlang het geval, totdat die vrije dag in de vijftiger jaren van de vorige eeuw werd aangevraagd en toegekend.

107. Het is juist dat het begrip „positieve acties en specifieke maatregelen” niet duidelijk wordt gedefinieerd in de wetgeving of jurisprudentie. Op het eerste gezicht kunnen er dus geen inhoudelijke of temporele beperkingen worden gesteld aan wat er onder dat begrip kan worden verstaan. Er zou dan ook gesteld kunnen worden dat het streven om „de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden [...] te compenseren” ook de wil kan omvatten om compensatie te bieden voor (eeuwen van) religieuze vervolging uit het verleden.

108. Niettemin kan men zich louter vanuit een chronologische invalshoek afvragen of een in de vijftiger jaren genomen maatregel daadwerkelijk was bedoeld als een positieve actie of specifieke maatregel in de zin van een veel recenter begrip dat, zeker in het Unierecht, pas decennia later voor het eerst opduikt. Een dergelijke vooruitziende blik lijkt vrij onwaarschijnlijk.

109. Los van het ontbreken van een nauwkeurige definitie en de chronologie zijn er echter twee doorslaggevende redenen waarom er naar mijn oordeel bij de toeslag geen sprake kan zijn van een positieve actie of specifieke maatregel.

110. Ten eerste heeft de maatregel betrekking op een heel specifieke groep, wat maakt dat het reeds behandelde *selectiviteitsvraagstuk* en discriminatie op het tweede niveau weer aan de orde zijn.<sup>48</sup> Er zijn geen maatregelen getroffen om volledige gelijkheid te waarborgen van alle groepen die in het verleden in het algemeen zijn benadeeld of die, meer specifiek, in tegenstelling tot de katholieke meerderheid voor een belangrijk feest geen vrije dag hebben.

111. Ten tweede moet een maatregel waarvan wordt gesteld dat hij binnen het bereik van het begrip „positieve acties en specifieke maatregelen” valt, in elk geval voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. Dat is recentelijk algemeen bevestigd met betrekking tot maatregelen die een beperking inhouden van de in het licht van het Handvest en richtlijn 2000/78 beoordeelde godsdienstvrijheid.<sup>49</sup> Hoewel in de rechtspraak van het Hof over de toepassing van positieve acties en specifieke maatregelen in de context van het secundaire recht de beoordeling niet onder de noemer „evenredigheid” plaatsvindt, is het duidelijk dat het Hof bij de toetsing van maatregelen nagaat of zij noodzakelijk zijn om het

<sup>48</sup> Zie punten 76 tot en met 79 en punten 97 en 98 van deze conclusie.

<sup>49</sup> Arrest van 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 68).

vermeende nadeel te neutraliseren.<sup>50</sup> Om dezelfde redenen als die welke ik heb vermeld bij de behandeling van de tweede vraag<sup>51</sup>, ben ik van mening dat de aan de orde zijnde nationale maatregelen in geen geval zijn aan te merken als evenredig en dus niet onder het begrip „positieve acties en specifieke maatregelen” als bedoeld in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2000/78 kunnen vallen.

112. Ten slotte wijs ik erop dat de voorgaande overwegingen weliswaar wederom zijn toegespitst op de toeslag, maar dat de in de punten 97, 98 en 101 van deze conclusie gevolgde redenering met betrekking tot de selectiviteit van de maatregel waar het gaat om *de betaalde vrije dag*, ook hier van toepassing is en eraan in de weg staat dat die prestatie als positieve actie of specifieke maatregel wordt aangemerkt.

113. Gelet op het voorgaande stel ik voor om de derde vraag van de verwijzende rechter als volgt te beantwoorden:

„Bij de nationale regeling op grond waarvan een toeslag als bedoeld in de eerste vraag wordt toegekend, is er geen sprake van positieve acties en specifieke maatregelen als bedoeld in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2000/78.”

## F. Vierde vraag

114. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen wat er moet gebeuren als vastgesteld wordt dat het non-discriminatiebeginsel is geschonden, met name wanneer die schending zich voordoet tussen particulieren? Alvorens in te gaan op de vraag of de vrije dag en toeslag moeten worden toegekend aan iedereen dan wel aan niemand, behandel ik eerst de vraag, die deels vooruitloopt op het te geven antwoord, wat er in dergelijke horizontale verhoudingen moet worden toegepast en welke gevolgen daaraan verbonden zijn.

115. Hierbij kunnen meerdere in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde beginselen als leidraad dienen.

116. Ten eerste kan een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier (zoals een particuliere werkgever) worden ingeroepen.<sup>52</sup> In dergelijke gevallen is het ter beschikking staande rechtsmiddel en beginsel het tegen de staat instellen van een vordering tot schadevergoeding.<sup>53</sup>

117. Ten tweede kan het in artikel 21, lid 1, van het Handvest neergelegde beginsel dat er niet mag worden gediscrimineerd op grond van godsdienst, in elk geval in bepaalde zaken tegenover een particulier worden ingeroepen onder verwijzing naar richtlijn 2000/78, met als gevolg dat de nationale rechter een met dat beginsel strijdige regeling buiten toepassing dient te laten. Krachtens artikel 21, lid 1, van het Handvest juncto de richtlijn ontstaat er een *recht om niet te worden gediscrimineerd*, waarop particulieren zich voor de nationale rechter rechtstreeks kunnen beroepen, ook in horizontale verhoudingen. Opgemerkt moet echter worden dat een en ander voortvloeit uit de *voorrang* van het Unierecht, en niet uit de rechtstreekse werking van dat recht (zie punt 1 hieronder).

50 Zie in die zin bijvoorbeeld arrest van 11 november 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, punt 31).

51 Zie punt 100 van deze conclusie.

52 Arresten van 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, punt 20); 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punt 108), en 19 januari 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punt 46).

53 Arrest van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90–C-9/90, EU:C:1991:428). Wat artikel 21, lid 1, van het Handvest juncto richtlijn 2000/78 betreft, zie arrest van 15 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punt 50).

118. Ten derde heeft artikel 21, lid 1, van het Handvest mijns inziens geen „horizontale rechtstreekse werking” waardoor het op zichzelf een duidelijk omschreven verplichting voor een particuliere werkgever in het leven roept die bij de nationale rechter rechtstreeks kan worden ingeroepen tegen die werkgever, wanneer de discriminatie, zoals in het onderhavige geval, voortvloeit uit het nationale recht (punt 2). Het slachtoffer van de discriminatie moet in dit verband evenwel schadevergoeding kunnen vorderen van de staat (punt 3).

## 1. Voorrang

### a) Gezamenlijke toepassing van richtlijnen en bepalingen van het Handvest

119. Het Hof heeft het hierboven genoemde feit dat richtlijnen geen horizontale rechtstreekse werking hebben, op verschillende manieren gecompenseerd. Vaak wordt de techniek van de richtlijnconforme interpretatie toegepast.<sup>54</sup> Volgens vaste rechtspraak kan van de nationale rechter niet worden verlangd dat hij het nationale recht contra legem uitlegt. In deze zaak heeft de nationale rechter duidelijk aangegeven dat het niet mogelijk is om het nationale recht conform het Unierecht uit te leggen.

120. Gelet op de grenzen van de verplichting tot conforme uitlegging heeft het Hof algemene rechtsbeginselen<sup>55</sup> of het Handvest<sup>56</sup> en richtlijn 2000/78 tegelijk toegepast om tot de slotsom te komen dat een particulier zich in een geschil met een andere particulier kan beroepen op wat eigenlijk de inhoud van een richtlijn is, zodat strijdig nationaal recht buiten toepassing wordt gelaten.

121. In de arresten Mangold, Küçükdeveci en DI<sup>57</sup> heeft het Hof geoordeeld dat de aldaar aan de orde zijnde nationale bepalingen zich niet verdragen met de relevante bepalingen van de *richtlijn*. Het heeft hieraan toegevoegd dat het Unierecht in de weg staat aan dergelijke bepalingen van nationaal recht voor zover zij in strijd zijn met het *algemene beginsel* (met als gevolg dat de nationale rechter die bepalingen buiten toepassing moet laten). De nationale rechter dient het nationale recht dan ook „in overeenstemming met die richtlijn [...] uit te leggen, of, wanneer een dergelijke richtlijnconforme uitlegging onmogelijk blijkt te zijn, elke met het algemene verbod van discriminatie op grond van leeftijd strijdige bepaling van dat nationale recht, zo nodig, buiten toepassing [...] te laten”.<sup>58</sup> De relevante inhoud van de richtlijn is dus in feite opgenomen in het algemene beginsel, waarna dat aldus nader ingevulde beginsel in een privaatrechtelijk geschil is toegepast om uitspraak te doen over de strijdigheid van nationaal recht.

122. In het arrest Egenberger was het Hof van oordeel dat het in artikel 21, lid 1, van het Handvest neergelegde verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging „op zich [volstaat] om aan particulieren een recht te verlenen dat deze als zodanig kunnen doen gelden in een geding tussen hen op een gebied dat onder het Unierecht val”.<sup>59</sup> Bij de handhaving van dat verbod dient de nationale rechter „het door de Uniewetgever in richtlijn 2000/78 tussen die belangen tot stand gebrachte evenwicht in aanmerking te nemen, om te bepalen welke verplichtingen er [...] uit het Handvest voortvloeien”.<sup>60</sup> Er is dus in feite geoordeeld dat de inhoud van de relevante richtlijnbe­palingen

54 Arresten van 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584), en 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

55 Arresten van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), en 19 januari 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

56 Arrest van 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

57 Arresten van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, punten 77 en 78); 19 januari 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punten 43 en 51), en 19 april 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punten 27 en 35).

58 Arrest van 19 april 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punt 43).

59 Arrest van 17 april 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 76).

60 Arrest van 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 81).

impliciet is vervat in artikel 21 van het Handvest. De nationale rechter moet de volle werking van die bepaling waarborgen „door, zo nodig, elke daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten”.<sup>61</sup> Dezelfde redenering is mutatis mutandis toegepast ten aanzien van artikel 47 van het Handvest.

123. In de zaak AMS<sup>62</sup> heeft het Hof evenwel erkend dat er grenzen zijn aan het ter toepassing in horizontale verhoudingen impliciet overnemen van de inhoud van richtlijnen in algemene beginselen en bepalingen van het Handvest. Die zaak heeft betrekking op richtlijn 2002/14/EG, op grond waarvan er werknemersvertegenwoordiging moet zijn in ondernemingen met ten minste 50 werknemers.<sup>63</sup> Artikel 3, lid 1, van die richtlijn bepaalt het minimumaantal van 50 werknemers. Voor zover hier van belang stond in de genoemde zaak voornamelijk de vraag centraal wat er onder het begrip „werknemer” moet worden verstaan. Het Hof was van oordeel dat de aldaar aan de orde zijnde nationale bepaling onverenigbaar was met artikel 3, lid 1, van die richtlijn omdat bepaalde soorten werknemers waren uitgesloten van de berekening van het personeelsbestand.

124. Het Hof heeft hier echter aan toegevoegd dat „de omstandigheden in het [desbetreffende] hoofdgeding verschillen van die welke aanleiding hebben gegeven tot het arrest Küçükdeveci, aangezien het in laatstgenoemd arrest aan de orde zijnde beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, neergelegd in artikel 21, lid 1, van het Handvest, *op zich volstaat om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan*”.<sup>64</sup> Artikel 27 van het Handvest „volstaat [daarentegen niet] om aan particulieren een recht te verlenen dat zij als zodanig kunnen inroepen”.<sup>65</sup> Het Hof heeft dus in feite geoordeeld dat de in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2002/14 opgenomen regeling te gedetailleerd is om te kunnen worden aangemerkt als impliciet vervat in de relevante bepaling van het Handvest.

#### ***b) Rechtsgevolgen volgens de geldende jurisprudentie***

125. Duidelijk moge zijn dat sinds het arrest Egenberger artikel 21, lid 1, van het Handvest juncto richtlijn 2000/78 in een geschil tussen particulieren kan worden „ingeroepen” als hulpmiddel om tot een conforme uitlegging te komen én met name als criterium bij het ter discussie stellen van de geldigheid van Unierecht en de verenigbaarheid van nationaal recht (met het Unierecht). Het kan door particulieren dus worden ingeroepen tegen andere particulieren om zich te verzetten tegen de toepassing van een strijdige nationale regeling, zodat de nationale rechter die regeling buiten toepassing laat.

126. Het arrest Egenberger behelst dus de bevestiging van de voorrang van het primaire Unierecht, namelijk van artikel 21, lid 1, van het Handvest. Deze bevestiging vindt plaats in de specifieke context van een horizontaal geschil waarin de handeling van secundair recht een richtlijn is en richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is.

127. In het arrest Egenberger wordt echter niet nader ingegaan op de verdere gevolgen van inroepbaarheid in dergelijke gevallen. Met name blijkt nergens uit dat arrest (of een van de andere arresten die hierboven zijn aangehaald) dat artikel 21, lid 1, van het Handvest horizontale rechtstreekse werking heeft en op zichzelf een zelfstandige rechtsbron kan zijn die in een

61 Arrest van 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 79).

62 Arrest van 1 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2).

63 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (PB 2002, L 80, blz. 29).

64 Arrest van 15 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punt 47). Cursivering van mij.

65 Arrest van 15 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punt 49).



privaatrechtelijk geschil daarmee samenhangende verplichtingen in het leven roept voor een andere particulier. Uit het arrest Egenberger of een van de andere aangehaalde arresten blijkt ook niet dat het zich beroepen op artikel 21, lid 1, van het Handvest en de constatering dat er sprake is van strijdigheid, tot gevolg hebben dat een bepaald rechtsmiddel wordt ingezet.

128. In de aangehaalde rechtspraak wordt daarentegen de algemene formule herhaald dat de nationale rechterlijke instanties „de voor de justitiabelen uit de bepalingen van het Unierecht voortvloeiende rechtsbescherming [dienen] te verzekeren en de volle werking van die bepalingen [dienen] te waarborgen” (door onverenigbaar nationaal recht buiten toepassing te laten)<sup>66</sup> of wordt aangegeven dat de nationale rechter „de naleving moet verzekeren van het beginsel van non-discriminatie”<sup>67</sup> of dat aan een particulier het voordeel niet mag worden ontzegd dat voortvloeit uit de uitlegging dat het Unierecht in de weg staat aan de bestreden nationale regeling.<sup>68</sup>

129. Vast staat dus dat een abstracte toetsing van de verenigbaarheid aan artikel 21, lid 1, van het Handvest juncto richtlijn 2000/78, zoals die bij de behandeling van de eerste vraag van de verwijzende rechter is uitgevoerd, ertoe kan leiden dat een strijdige nationale regeling buiten toepassing wordt gelaten. Dit vloeit voort uit de voorrang van het Unierecht, waarvan ook in een geschil tussen particulieren sprake kan zijn.

130. Om de redenen die ik hieronder zal noemen, lijkt het mij verstandig als het Hof deze aanpak niet verandert. Met betrekking tot de expliciete vraag naar *de specifieke praktische gevolgen voor partijen* zou ik, als het nationale recht inderdaad buiten toepassing wordt gelaten, tevens willen voorstellen om niet zozeer te kijken naar de horizontale rechtstreekse werking van de bepalingen van het Handvest (2), maar naar de inzetbare rechtsmiddelen (3).

## **2. Horizontale rechtstreeks werking**

131. Wordt aangenomen dat artikel 21, lid 1, van het Handvest horizontale rechtstreekse werking heeft, dan zouden particulieren aanspraak maken op *een rechtstreeks op deze bepaling gebaseerd recht en een daarmee samenhangende verplichting* die geldt voor de andere betrokken particulier, ongeacht het bestaan van en/of verwijzing naar de inhoud van secundair recht. Een bepaling met rechtstreekse werking is namelijk op zichzelf voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk om te kunnen worden ingeroepen in een horizontale verhouding.

132. Ik zie niet goed hoe artikel 21, lid 1, van het Handvest in deze zaak voldoet aan de zojuist genoemde vereisten (a), hetgeen overigens ook in het algemeen geldt voor een aantal bepalingen van het Handvest (b). Dit betekent echter geenszins, zoals reeds moge blijken uit wat hierboven is uiteengezet, dat de Handvestbepalingen niet van toepassing en niet zeer relevant zijn in zaken als de onderhavige. Dit is wel het geval, maar dan op een andere manier (c).

### **a) Horizontale rechtstreekse werking van artikel 21, lid 1, van het Handvest**

133. Gesteld zou kunnen worden dat het discriminatieverbod op grond van godsdienst, abstract bekeken, voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk is. Onvoorwaardelijk en duidelijk is dat op godsdienst gebaseerde discriminatie niet is toegestaan.

<sup>66</sup> Arrest van 19 april 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punten 29-35).

<sup>67</sup> Arresten van 19 januari 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punt 56), en 19 april 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punten 35-37).

<sup>68</sup> Arrest van 19 april 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punt 41).

134. Vanuit die abstracte invalshoek bezien, zou echter nagenoeg elke bepaling van Unierecht rechtstreekse werking kunnen hebben. De klassieke toets of er sprake is van rechtstreekse werking, is dan ook anders opgevat, namelijk is de inhoud van de specifieke bepaling voldoende duidelijk en nauwkeurig om te kunnen worden ingeroepen in een bepaalde zaak?

135. De onderhavige zaak is een goed voorbeeld van hoe complex het aan de orde zijnde vraagstuk is en waarom er geen sprake is van een duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepaling aan de hand waarvan een antwoord kan worden gegeven. De vraag rijst immers of er op grond van artikel 21, lid 1, van het Handvest een recht op (en een verplichting tot toekenning van) een betaalde vrije dag ontstaat. Gaat het in dat geval om een betaalde vrije dag op Goede Vrijdag dan wel op een andere specifieke dag? Of kan er slechts aanspraak worden gemaakt op geld, dus op extra loon, een financiële vergoeding of schadevergoeding (te betalen door de werkgever)?

136. Ik meen dat het beknopt geformuleerde artikel 21, lid 1, van het Handvest geen antwoord kan geven op al die vragen. Feit is echter dat de nationale rechter die de litigieuze nationaalrechtelijke bepaling buiten toepassing laat, onvermijdelijk te maken krijgt met dergelijke vragen, wat ook in casu het geval is.

137. Ik erken uiteraard dat „duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk” niet impliceert dat alle aspecten van het recht expliciet vooraf worden genoemd in de wet- en regelgeving. Dat zou niet realistisch zijn. Wat niet expliciet is geregeld, moet echter in elk geval in rechte kunnen worden afgedwongen.<sup>69</sup> Naar mijn mening kan het betrokken recht, inhoudelijk gezien (gaat het om een vrije dag op Goede Vrijdag, om een betaalde vrije dag op een andere dag of om een toeslag als er geen vrije dag wordt genomen?), niet in rechte worden afgedwongen.

138. Meer fundamenteel meen ik dat in casu niet zozeer aan de orde is of er sprake is van horizontale rechtstreekse werking van het Handvest (juncto een richtlijn). Abstract bekeken kan artikel 21, lid 1, van het Handvest, zoals reeds is aangegeven, weliswaar een duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk discriminatieverbod behelzen, maar dit leidt niet tot duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke praktische vereisten. Mijns inziens moet de vierde vraag van de nationale rechter dan ook niet worden behandeld vanuit de invalshoek van horizontale rechtstreekse werking. Van horizontale rechtstreekse werking in de hierboven genoemde zin, dus met *specifieke* rechten (op geld, prestaties, ...) en daarmee samenhangende verplichtingen, is er kennelijk geen sprake.

#### ***b) Horizontale rechtstreekse werking van het Handvest in het algemeen***

139. Ook als de specifieke context van deze zaak en de toepassing ten aanzien van artikel 21, lid 1, van het Handvest van de klassieke toets of er sprake is van rechtstreekse werking, buiten beschouwing worden gelaten, zijn er nog andere principiële argumenten waarom de horizontale rechtstreekse werking van bepalingen van het Handvest tot problemen zou leiden.

140. In de eerste plaats is het Handvest overeenkomstig artikel 51, lid 1, van het Handvest, net als richtlijnen op grond van artikel 288 VWEU, niet gericht tot particulieren, maar tot de lidstaten en de instellingen, organen en instanties van de Unie. Betoogd zou kunnen worden dat dit tekstuele argument niet erg overtuigend is, aangezien er wat het Handvest betreft reeds duidelijke gevallen van *horizontale werking* zijn, zoals hierboven nader is toegelicht.<sup>70</sup> Er is evenwel een aanzienlijk verschil

<sup>69</sup> Er kan dus ook sprake zijn van rechtstreekse werking bij regels die vrij abstract zijn geformuleerd, zoals de regel dat beroepsprocedures met betrekking tot de geldigheid van bepaalde besluiten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (PB 1985, L 175, blz. 40) vallen, niet buitensporig kostbaar mogen zijn. Dergelijke regels hebben echter een duidelijk omschreven strekking en bereik, en dit geldt ook voor de te bereiken praktische resultaten, welke duidelijke omschrijving besloten ligt in de structuur van het instrument van afgeleid recht waarvan die regels deel uitmaken. Zie in dit verband mijn recente conclusie in de zaak Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, punten 33-55).

<sup>70</sup> Punten 125 tot en met 129 van deze conclusie.

tussen enerzijds de vaststelling dat een handvest van rechten bij het toetsen van de verenigbaarheid en het eventueel buiten toepassing laten van strijdige regelingen kan worden gebruikt en ook in horizontale verhoudingen een bron voor conforme uitlegging kan zijn, en anderzijds de omstandigheid dat de bepalingen van dat handvest voor particulieren een *bron van rechtstreekse verplichtingen* worden, ongeacht of er al dan niet sprake is van wettelijke bepalingen. Dat is ook de reden waarom nationale grondrechtenverklaringen, mogelijkerwijs in combinatie met op de staat rustende positieve verplichtingen, naar mijn weten in een aantal rechtsstelsels precies die twee functies vervullen. Ook al werken grondrechten op dergelijke manieren door in privaatrechtelijke verhoudingen, dan nog is er echter, terecht, geen sprake van horizontale rechtstreekse werking van die grondrechten.

141. In de tweede plaats is de reden voor terughoudendheid uiteraard niet onwil om grondrechten effectief te beschermen. Het gaat vooral om voorzienbaarheid, rechtszekerheid en, op constitutioneel niveau, scheiding der machten. Grondrechtenverklaringen zijn doorgaans vrij abstract en dus vaag. Dit geldt ook voor het Handvest. In de regel zijn er uitvoeringsregelingen nodig om de inhoud van dergelijke verklaringen in rechte te kunnen afdwingen. Als de desbetreffende bepalingen op zichzelf horizontale rechtstreeks werking hadden met betrekking tot de rechten en verplichtingen van particulieren, zou dit leiden tot extreme vormen van rechterlijke creativiteit.<sup>71</sup>

142. In de derde plaats kan, aangezien niet duidelijk is wat de inhoud van de uit het Handvest voortvloeiende rechten en verplichtingen is, de verleiding groot zijn om in het relevante secundaire recht naar antwoorden te zoeken. Bij de beoordeling of nationaal recht zich verdraagt met bepalingen van het Handvest (voorrangsbeginsel) verwijst het Hof immers naar de toepassing van Handvestbepalingen en algemene beginselen in het licht van of in combinatie met secundair recht.<sup>72</sup> Er lijkt sprake te zijn van een toenemend aantal uitspraken van het Hof waarin de (vaak vrij ingewikkelde) inhoud van richtlijnen daadwerkelijk impliciet wordt overgenomen in bepalingen van het Handvest, waarna die bepalingen horizontaal worden toegepast.<sup>73</sup>

143. Het staat buiten kijf dat in sommige gevallen het raadplegen van het secundaire recht inderdaad cruciaal is om te bepalen wat de (aanvaardbare) inhoud van een recht of algemeen beginsel kan zijn.<sup>74</sup> Er is echter een verschil tussen een kritisch vergelijkend onderzoek van (meerdere) bronnen van afgeleid recht, teneinde mogelijke algemene ontwikkelingen in kaart te brengen, en de daadwerkelijke klakkeloze, rechtstreekse overname van de inhoud van een richtlijn in een bepaling van het Handvest.

71 Dit is ook waarom Hans Kelsen (die vaak de „vader” van de modern constitutionele rechtspraak wordt genoemd, maar die wellicht verrast zou zijn als hij de huidige strekking van die rechtspraak zou zien) in 1929 de rechtstreekse toepasselijkheid van „überpositiver Normen”, waaronder ook grondrechten, wilde uitsluiten, erop wijzende dat een constitutioneel hof anders daadwerkelijk een machtsmonopolie binnen de staat zou hebben. Zie Kelsen, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, volume 5, Walter de Gruyter & Co., Berlijn en Leipzig, 1929, blz. 69 en 70.

72 Arrest van 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), dat in punt 122 is besproken. Zie ook arrest van 19 januari 2010, Kükückdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), met betrekking tot het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd „zoals geconcretiseerd in” richtlijn 2000/78.

73 Recentelijk heeft bijvoorbeeld advocaat-generaal Bot het Hof in overweging gegeven om in artikel 31, lid 2, van het Handvest de relevante inhoud van richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB 2003, L 299, blz. 9) op te nemen. Deze conclusie is onderbouwd met een beroep op de toelichtingen bij het Handvest, volgens welke toelichtingen artikel 31, lid 2, „is gebaseerd op richtlijn 93/104/EG” (gecodificeerd bij richtlijn 2003/88). Zie conclusie van advocaat-generaal Bot in de gevoegde zaken Bauer en Broßonn (C-569/16 en C-570/16, EU:C:2018:337, punt 88).

74 Voor een voorbeeld van een dergelijke grondige en genuanceerde beoordeling zie arrest van 15 oktober 2009, Audiolux e.a. (C-101/08, EU:C:2009:626).

144. De constitutionele en praktische problemen van de laatste aanpak zijn talrijk.<sup>75</sup> Is de rechtstreekse werking van Handvestbepalingen afhankelijk van de vraag of en, zo ja, wat voor secundair recht op een bepaald terrein is vastgesteld? Is of er al dan niet sprake is van rechtstreekse werking van het Handvest dan niet indirect een zaak van de Uniewetgever? Moet het Handvest op een dergelijke manier worden „gedeconstitutionaliseerd”? Moet het Handvest, in plaats van een maatstaf te zijn voor de toetsing van secundair recht, door dat recht worden bepaald en gedomineerd? Zo niet, of in elk geval *niet steeds*, wanneer dan wel en wanneer dan niet?

145. Uiteindelijk brengt dat probleem met betrekking tot de voorzienbaarheid en rechtszekerheid, waarbij nog een zekere omzeiling van de eerder gestelde grenzen komt, mij bij mijn laatste punt: als dit inderdaad de aanpak wordt die het Hof in de toekomst zal hanteren, zou het wellicht goed zijn om de horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen opnieuw te bezien. Het lijkt alsof er steeds meer vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de volharding waarmee formeel wordt ontkend dat richtlijnen horizontale rechtstreekse werking hebben, maar tegelijkertijd hemel en aarde wordt bewogen om te voorkomen dat die beperking überhaupt praktische gevolgen heeft, door bijvoorbeeld de inhoud van een richtlijn op te nemen in een bepaling van het Handvest.

### ***c) Geen horizontale rechtstreekse werking, maar toch (aanzienlijke) gevolgen***

146. Dat artikel 21, lid 1, (en overigens ook andere bepalingen) van het Handvest geen *horizontale* rechtstreekse werking heeft (hebben) betekent niet dat er geen sprake is van horizontale werking. Het tegendeel is waar, maar het betreft een ander soort horizontale werking. Wat het nationale recht betreft, is het Handvest: i) een interpretatiehulpmiddel voor conforme uitlegging van nationaal recht, en ii) een maatstaf voor de verenigbaarheid van nationale bepalingen met het Unierecht, met als mogelijk gevolg dat (wanneer de lidstaten Unierecht ten uitvoer brengen) nationale bepalingen die zich niet verdragen met het Handvest, buiten toepassing moeten worden gelaten door de nationale rechter, ook in geschillen tussen particulieren. Dit laatste is echter het gevolg van de voorrang van het Unierecht, en niet van horizontale rechtstreekse werking van de bepalingen van het Handvest. Nieuwe, opzichzelfstaande verplichtingen voor particulieren kunnen niet *slechts* op grond van het Handvest in het leven worden geroepen.

147. Het is juist dat het buiten toepassing laten van onverenigbaar nationaal recht mogelijkerwijs op zichzelf niet voldoende is om partijen meteen te beschermen. Dit is duidelijk het geval in deze zaak. Buiten toepassing laten impliceert dat de litigieuze bepalingen van nationaal recht worden geschrapt. Tenzij een bijzondere, om niet te zeggen complexe en gevaarlijke opvatting van dat begrip wordt gehanteerd (waarbij bijvoorbeeld uitsluitend bepaalde woorden worden geschrapt in de litigieuze bepaling)<sup>76</sup>, zou dit er in de onderhavige zaak op neerkomen dat § 7, lid 3, van de wet op rusttijden in zijn geheel buiten toepassing wordt gelaten. Zodra de rechter constateert dat er sprake is van strijdigheid, zou dus helemaal niemand recht hebben op een vrije dag op Goede Vrijdag.

<sup>75</sup> Voor een gedetailleerde behandeling van dit punt zie de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

<sup>76</sup> § 7, lid 3, van de wet op rusttijden luidt thans: „Voor leden van de evangelische kerken Augsburgse Bekenntnis en Helvetische Bekenntnis, de Oud-Katholieke Kerk en de Evangelisch-Methodistische Kerk is ook Goede Vrijdag een feestdag.” Wordt bij het buiten toepassing laten aldus te werk gegaan dat bepaalde woorden van die zin worden geschrapt, dan zou bijvoorbeeld de verwijzing naar de leden van de vier kerken kunnen worden geschrapt (waardoor iedereen op Goede Vrijdag vrij zou zijn of recht zou hebben op toeslag), of de verwijzing naar de leden van de vier kerken én naar Goede Vrijdag (waardoor er op een onbepaalde dag een feestdag zou zijn, hetgeen in de praktijk overeenkomt met het voorstel van de Commissie), maar wellicht is het beter om een onderscheid te blijven maken tussen het buiten toepassing laten van strijdig nationaal recht en een spelletje rechterlijke scrabble, waarmee welke regeling dan ook tot stand kan worden gebracht door het herschikken van bepaalde woorden die uit de bestaande wetgeving worden gehaald.



148. Een andere benadering zou zijn dat wordt aangenomen dat er een recht met horizontale rechtstreekse werking is om niet te worden gediscrimineerd, en dat dit recht het recht omvat om dezelfde rechten en prestaties te genieten als de bevoordeelde groep (opwaartse gelijkschakeling) dan wel om de collega's even slecht behandeld te zien (neerwaartse gelijkschakeling). Dit komt overigens impliciet naar voren uit de vierde vraag van de nationale rechter. Ook al wordt opwaartse gelijkschakeling gehanteerd – ik kom hier later nog op terug – de hierboven gestelde vragen omtrent de aard en strekking van de aan de orde zijnde rechten blijven onbeantwoord.

149. De vraag zou mijns inziens dan ook aldus moeten worden begrepen dat wordt verzocht om duidelijkheid te verschaffen over de *rechtsmiddelen* die precies ter beschikking moeten staan in gevallen als het onderhavige, en niet over een reeks moeilijk tastbare specifieke aanspraken (op vrije dagen, toeslagen of andere prestaties). Deze aanpak ligt immers reeds besloten in de arresten Mangold, Kükükdeveci, DI en Egenberger, die alle bevestigen dat de strijdige nationale bepaling buiten toepassing wordt gelaten en dat er een recht op een doeltreffende voorziening in rechte is (en niet dat het Handvest horizontale rechtstreekse werking heeft). De omstandigheid dat in deze zaak centraal staat wat de praktische gevolgen van het buiten toepassing laten zijn, impliceert evenwel dat het Hof zich duidelijk moet uitlaten over dit onderscheid. Dit komt thans aan de orde.

### 3. *Rechtsmiddelen*

150. Artikel 21, lid 1, van het Handvest leidt niet tot een specifieke reeks rechten en verplichtingen van werkgever en werknemer. Het staat echter in het bijzonder aan de nationale rechterlijke instanties om de rechtsbescherming die voor de justitiabelen uit het Unierecht voortvloeit, te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen.<sup>77</sup> *Er moet een rechtsmiddel kunnen worden ingezet ter bestrijding van discriminatie*, in overeenstemming met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming.<sup>78</sup>

151. Bij gebreke van Unieregelgeving ter zake is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenuen. De lidstaten zijn evenwel gehouden in elk geval een doeltreffende bescherming van die rechten te verzekeren<sup>79</sup> en de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid te eerbiedigen.<sup>80</sup>

152. Het Hof kan niettemin nadere aanwijzingen geven over wat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte behelst in een geval als het onderhavige. Er zijn twee onderwerpen waarbij het Hof de verwijzende rechter kan helpen. Het betreft ten eerste de vraag of er met het rechtsmiddel opwaartse dan wel neerwaartse gelijkschakeling wordt beoogd (a), en tweede de vraag tegen wie het rechtsmiddel moet worden ingesteld (b).

153. In gevallen als het onderhavige waarin er een geschil tussen particulieren is, de discriminatie voortvloeit uit het nationale recht en deze discriminatie aan de hand van artikel 21, lid 1, van het Handvest is vastgesteld (middels een abstracte toetsing als die in de eerste vraag, juncto richtlijn 2000/78), is volgens mij naar Unierecht niet vereist dat er een rechtsmiddel tegen de *werkgever* ter beschikking staat. Het Unierecht verlangt wel dat het slachtoffer van discriminatie schadevergoeding kan vorderen van de *staat* om de discriminatie ongedaan te maken.

77 Zie arrest van 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punt 111). Zie tevens arrest van 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punt 42).

78 Arrest van 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

79 Zie met name arresten van 9 juli 1985, Bozzetti (179/84, EU:C:1985:306, punt 17); 18 januari 1996, SEIM (C-446/93, EU:C:1996:10, punt 32), en 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, punt 40).

80 Zie met name arresten van 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz en Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, punt 5); 16 december 1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, punten 13-16); 14 december 1995, Peterbroeck (C-312/93, EU:C:1995:437, punt 12); 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, punt 43), en 7 juni 2007, Van der Weerd e.a. (C-222/05–C-225/05, EU:C:2007:318, punt 28).



154. Alvorens nader in te gaan op deze punten behandel ik eerst het vraagstuk met betrekking tot de opwaartse en neerwaartse gelijkschakeling.

**a) Opwaartse of neerwaartse gelijkschakeling**

155. In de vierde vraag van de verwijzende rechter komen twee oplossingen voor de aan de orde zijnde discriminatie ter sprake, namelijk opwaartse gelijkschakeling en neerwaartse gelijkschakeling.

156. Ik wijs erop dat ik uit de vraag van de verwijzende rechter afleid dat het alleen gaat om de „overgangperiode”, dus de periode nadat vastgesteld is dat er sprake is van strijdigheid en voordat de nationale wetgever voorziet in een nieuwe regeling. Wat die periode betreft, is inderdaad aan de orde of opwaartse dan wel neerwaartse gelijkschakeling moet plaatsvinden.

157. De vraag is evenwel niet zozeer aan de orde waar het gaat om het verleden, dus voor eerdere jaren waarin de toeslag uitsluitend aan de beperkte groep en niet aan de andere werknemers werd toegekend en ten aanzien waarvan er naar nationaal recht nog geen verjaring heeft plaatsgevonden. Voor die jaren is de enige manier om de geleden discriminatie ongedaan te maken in de praktijk namelijk opwaartse gelijkschakeling. Aan de bevoordeelde groep kunnen de toegekende voordelen niet met terugwerkende kracht worden ontnomen. Dit zou in strijd zijn met het vertrouwensbeginsel of, nog specifiek, met reeds verworven rechten. De enige specifieke manier om de discriminatie voor die periode ongedaan te maken is dan ook door dezelfde prestatie toe te kennen aan iedereen (maar nagegaan moet wel worden wie de daarmee gemoeide kosten moet betalen en waarom, zie hieronder).

158. Ik ga derhalve alleen in op de overgangperiode. Ook voor die periode pleit de Commissie voor opwaartse gelijkschakeling. Ter onderbouwing van dat betoog heeft zowel verzoeker als de Commissie verwezen naar de rechtspraak, en met name naar de arresten Milkova, Specht en Landtová.<sup>81</sup>

159. In die arresten heeft het Hof inderdaad algemeen verklaard dat „de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel, wanneer met het recht van de Unie strijdige discriminatie is vastgesteld, *en zolang geen maatregelen zijn genomen om de gelijke behandeling te herstellen*, alleen kan worden verzekerd door de leden van de benadeelde groep de voordelen toe te kennen die de leden van de bevoordeelde groep genieten, welke regeling, zolang het recht van de Unie niet naar behoren wordt toegepast, het enig bruikbare referentiekader blijft”.<sup>82</sup>

160. Hieruit volgt dat als de nationale rechter constateert dat de discriminatie voortvloeit uit de wetgeving, het buiten toepassing laten van de strijdige nationale bepaling onvermijdelijk tot gevolg heeft dat opwaartse gelijkschakeling plaatsvindt, totdat niet-discriminerende wetgeving wordt aangenomen (die mogelijk voorziet in neerwaartse gelijkschakeling).<sup>83</sup>

161. In dit verband moeten de hiernavolgende opmerkingen worden gemaakt.

162. In de eerste plaats vereist de voorrang van het Unierecht, waaronder die van het Handvest, dat een met het Unierecht strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing wordt gelaten. Dit impliceert dat er in wezen van wordt uitgegaan dat de litigieuze bepaling uit het nationale recht verdwijnt wanneer er sprake is van strijdigheid met het Unierecht. Hieruit volgt logischerwijs dat wat is

81 Arresten van 22 juni 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415); 19 juni 2014, Specht e.a. (C-501/12–C-506/12, C-540/12 en C-541/12, EU:C:2014:2005), en 9 maart 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

82 Arresten van 22 juni 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415, punt 51); 19 juni 2014, Specht e.a. (C-501/12–C-506/12, C-540/12 en C-541/12, EU:C:2014:2005, punt 97), en 9 maart 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, punt 66). Cursivering van mij.

83 Zie arrest van 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez (C-167/97, EU:C:1999:60).

verdwenen, vervolgens op niemand kan worden toegepast. Op haast miraculeuze wijze wordt de bepaling die werd geschrapt toen zij slechts van toepassing was op sommigen, echter onmiddellijk weer tot leven gewekt om op iedereen te worden toegepast. Die paradox, die besloten ligt in de opwaartse gelijkschakeling, dient te worden onderkend om te kunnen worden aangepakt.

163. In de tweede plaats lijkt opwaartse gelijkschakeling als standaardoplossing voor de overgangperiode in het algemeen een betere oplossing (dan een recht met horizontale rechtstreekse werking), met name vanuit het perspectief van het gewettigd vertrouwen van de bevoordeelde groep. Wederom gaat het echter vooral om de mate van gedetailleerdheid (of in elk geval om de toepassing in de praktijk). De meer complexe zaken zien op niet-geldelijke prestaties. In de onderhavige zaak heeft de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen betoogd dat § 7, lid 3, van de wet op rusttijden discriminatie kan opleveren omdat op Goede Vrijdag een vrije dag wordt toegekend aan bepaalde religieuze groeperingen en aan andere niet. De door de Commissie voorgestane oplossing is echter niet om van Goede Vrijdag een feestdag te maken voor iedereen. De Commissie heeft voorgesteld om de bepaling juridisch aldus te herformuleren dat alle werknemers recht hebben op een betaalde vrije dag om een individueel te kiezen „bijzonder belangrijk” religieus feest te vieren. Opwaartse gelijkschakeling klinkt mooi, maar bij de praktische uitvoering is er mogelijk sprake van een aanzienlijke complexiteit en zelfs van willekeur. Die complexiteit is in vele opzichten vergelijkbaar met de reeds besproken complexiteit van horizontale rechtstreekse werking.

164. In de derde plaats zijn er verschillende arresten van het Hof waarin een variant van opwaartse gelijkschakeling is genoemd. Elk van de zaken waarop die arresten betrekking hebben, heeft echter bijzondere kenmerken. Twee van die kenmerken zijn hier van groot belang, namelijk de *bron van discriminatie* en de *identiteit van de verwerende partij*.

165. In dit verband merk ik op dat in alle door partijen ter onderbouwing van opwaartse gelijkschakeling aangehaalde zaken<sup>84</sup> de bron van discriminatie nationaal recht was en *de verwerende partij de staat* (het geschil betrof in alle gevallen geld<sup>85</sup>). Het gaat mijns inziens om de meest eenvoudige situatie van de mogelijke situaties (en de in de rechtspraak van het Hof ook meest voorkomende).<sup>86</sup> Uiteindelijk moet de lidstaat de rekening voor in regelgeving vervatte discriminatie betalen. Dit komt duidelijk naar voren uit het arrest Francovich en de daarop gebaseerde rechtspraak. De aansprakelijkheid van de staat moet in beginsel een vangnet bieden.

166. Er zijn ook zaken waarin het Hof naar opwaartse gelijkschakeling heeft verwezen in geschillen tussen particulieren. Het gaat echter om een beperkt aantal gevallen waarbij er sprake is van pensioen<sup>87</sup> of loondiscriminatie<sup>88</sup> die doorgaans is toe te schrijven aan de *werkgever* (en niet voortvloeit uit de regelgeving). In privaatrechtelijke geschillen omtrent vermeende discriminatie heeft het Hof niet zozeer opwaartse gelijkschakeling als algemene oplossing gehanteerd, maar veeleer gekeken naar het algemene vereiste om doeltreffende rechtsmiddelen en sancties ter beschikking te stellen.<sup>89</sup>

84 Zie voetnoot 81 van deze conclusie.

85 De vervangbare prestatie bij uitstek, in tegenstelling tot bijvoorbeeld het recht op een vrije dag of het recht om in dienst te treden.

86 Ook in andere arresten waarin eveneens gebruik wordt gemaakt van de „Landtová, Specht e.a. en Milkova-variant” van opwaartse gelijkschakeling, was de staat de verwerende partij. Zie arresten van 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, punt 42); 21 juni 2007, Jonkman e.a. (C-231/06–C-233/06, EU:C:2007:373, punt 39); 28 januari 2015, Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38, punt 46), en 14 maart 2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, punt 30). Zie ook enger geformuleerde varianten bijvoorbeeld met betrekking tot loondiscriminatie in arresten van 7 februari 1991, Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, punt 18), en 17 april 1997, Evrenopoulos (C-147/95, EU:C:1997:201, punt 42). Uit cao's voortvloeiende discriminatie komt ook vaak voor en wordt gelijkgesteld met in regelgeving vervatte discriminatie. Het Hof gebruikt dan een breder geformuleerde variant van opwaartse gelijkschakeling, zie bijvoorbeeld arrest van 20 maart 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, punt 72).

87 Zie arresten van 28 september 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348); 28 september 1994, Avdel Systems (C-408/92, EU:C:1994:349), en 28 september 1994, Van den Akker (C-28/93, EU:C:1994:351), die technisch gezien betrekking hadden op een particuliere pensioenregeling, die evenwel een vervangende regeling ten opzichte van het staatspensioen was, aangezien de bijdragen aan die regeling in de plaats kwamen van de bijdragen aan de nationale pensioenregeling.

88 Arrest van 8 april 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56).

89 Arresten van 10 april 1984, Harz (79/83, EU:C:1984:155), en 8 november 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383).

167. In de vierde plaats zie ik bij gebrek aan specifieke extra redenen, zoals de menselijke waardigheid of het gewettigd vertrouwen, die zich verzetten tegen neerwaartse gelijkstelling gedurende de overgangperiode in een individueel geval, geen principiële argument waarom neerwaartse gelijkschakeling systematisch en in alle gevallen van discriminatie per se uitgesloten zou zijn. Dit geldt des te meer in gevallen waarin de aan de bevoordeelde groep verstrekte prestatie een periodiek karakter heeft, of waarin deze prestatie weliswaar een periodiek karakter heeft, maar er geen sprake is van afhankelijkheid (zoals bij periodieke socialezekerheidsuitkeringen).

168. Wordt de blik weer gericht op deze zaak, wat zou dan de specifieke (extra) reden kunnen zijn om niet vast te houden aan de conclusie dat de strijdige bepaling buiten toepassing moet worden gelaten, en die conclusie te vervangen door de conclusie dat de personele werkingssfeer van die bepaling moet worden vermenigvuldigd met 50?<sup>90</sup>

169. Edelmoedig verklaren dat iedereen erop vooruit mag gaan schenkt misschien wel persoonlijke voldoening, maar is juridisch gezien allesbehalve adequaat, en dan heb ik het nog niet over de financiële haalbaarheid.<sup>91</sup> Ik wil wel benadrukken dat economische argumenten uiteraard geen rechtvaardigingsgrond voor discriminatie kunnen zijn. Dit behelst op zichzelf echter geen positieve rechtvaardiging voor opwaartse gelijkschakeling.

170. Ook de bescherming van de godsdienstvrijheid van de leden van de vier kerken is geen afdoende argument. Ik merk in dit verband op dat werkgevers krachtens § 8 van de wet op rusttijden een zorgplicht hebben, zodat zij redelijkerwijs rekening dienen te houden met de geloofsbelijdenis van hun werknemers. Als dit voldoende is voor de bijzondere religieuze feesten van andere religieuze minderheden in Oostenrijk, waarom is dat dan niet zo voor de leden van de vier kerken? Omgekeerd is evenmin duidelijk hoe opwaartse gelijkschakeling, mogelijk door alle Oostenrijkse werknemers dubbel te betalen of hun op Goede Vrijdag een vrije dag te geven, de godsdienstvrijheid zou bevorderen.

171. Gelet op het voorgaande kan in de onderhavige zaak mijns inziens niet zonder meer aan de verwijzende rechter als antwoord worden gegeven dat opwaartse gelijkschakeling de enige juiste weg is. Dat is een benadering die door het Hof is ontwikkeld in het kader van schadevorderingen tegen de staat, voornamelijk met betrekking tot socialezekerheidsuitkeringen. Die benadering kan niet algemeen worden toegepast op horizontale geschillen. Bovendien zou het in casu een al te simpel antwoord zijn waarbij bepaalde moeilijkheden die in de praktijk van groot belang zijn, zouden worden verhuld. Ik ben daarentegen van mening dat het referentiekader in deze zaak de rechtspraak van het Hof over doeltreffende rechtsmiddelen moet zijn.

### ***b) Doeltreffende rechtsmiddelen (en identiteit van de verwerende partij)***

172. Ofschoon artikel 21, lid 1, van het Handvest geen horizontale rechtstreekse werking heeft, moet de problematische nationale bepaling buiten toepassing worden gelaten (eerste vraag). De vraag met betrekking tot de opwaartse of neerwaartse gelijkschakeling is hierboven behandeld. In dit laatste deel ga ik op de vraag wie de schade moet vergoeden. Er zijn in wezen twee mogelijkheden: i) de werkgever (die zich vervolgens kan verhalen op de staat), of ii) de staat (die rechtstreeks voor de rechter moet worden gedaagd door de werknemer). Naar mijn mening is het laatste antwoord het juiste: de staat.

<sup>90</sup> In haar mondelinge opmerkingen heeft de Commissie ervoor gepleit de door de leden van de vier kerken (ongeveer 2% van de bevolking) genoten vrije dag op Goede Vrijdag of de toeslag die zij krijgen als zij op die dag wel werken, ook toe te kennen aan de gehele Oostenrijkse beroepsbevolking, en ook voor Jom Kipoer dezelfde regeling te treffen.

<sup>91</sup> Ter terechtzitting is aangegeven dat het toekennen van de toeslag voor Goede Vrijdag aan alle werknemers jaarlijks circa 600 miljoen EUR zou kosten (voor Jom Kipoer zou het om een vergelijkbaar bedrag gaan).

*i) Rechtsmiddelen die kunnen worden ingezet tegen de werkgever*

173. Impliceert het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in een geval als het onderhavige, waarin verzoeker slachtoffer is van discriminerende nationale wetgeving die door de werkgever wordt toegepast, dat de werknemer een rechtsmiddel moet kunnen aanwenden tegen die werkgever?

174. Advocaat-generaal Cruz Villalón was expliciet voorstander van die mogelijkheid in zijn conclusie in de zaak AMS. Hij was van oordeel dat het „billijk [is] dat de last van de schadevordering rust op degene die van het onrechtmatige gedrag heeft geprofiteerd, en niet op de houder van het recht dat uit de concretisering van het ‚beginsel’ is ontstaan”.<sup>92</sup> De werkgever die aansprakelijk wordt gesteld, kan zich vervolgens verhalen op de staat.

175. Tenzij ik mij vergis, heeft het Hof zich niet rechtstreeks uitgelaten over dit punt. Het arrest in de zaak DI zou echter aldus kunnen worden opgevat dat daarin sprake is van een dergelijk vereiste.<sup>93</sup>

176. Deze benadering zou inderdaad kunnen worden gerechtvaardigd door de doeltreffendheid (van de bescherming van de werknemer). Het is mogelijk goedkoper en sneller (en minder afschrikkend) voor de werknemer om de werkgever, en niet de staat, voor de rechter te dagen. Vanuit moreel oogpunt lijdt de werknemer schade door de discriminerende wet en verdient hij bescherming. Zoals advocaat-generaal Cruz Villalón heeft opgemerkt, heeft de werkgever als gevolg van de discriminatie waarschijnlijk een onrechtmatig voordeel verkregen dat moet worden gecompenseerd. Algemeen beschouwd verkeert de werkgever waarschijnlijk in een relatieve machtspositie.

177. De argumenten die ervoor pleiten dat er bij discriminatie ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden steeds een rechtstreeks rechtsmiddel tegen de werkgever moet kunnen worden ingezet, hebben dus in wezen betrekking op drie aspecten: *bron*, *schuld* en *voordeel*, waarbij mogelijkerwijs nog *macht* en (inherente) *ongelijkheid* komen.

178. Algemeen beschouwd zijn die argumenten zeker geldig voor een bepaald soort discriminatie, namelijk die welke in elk geval deels is toe te schrijven aan een specifieke werkgever. Zij stuiten in een geval als het onderhavige, waarin er een geschil tussen particulieren is vanwege vermeende discriminatie op grond van godsdienst die rechtstreeks uit de nationale wetgeving voortvloeit, echter op een aantal logische bezwaren af.

179. Ten eerste is de *bron* van de discriminatie in dit geval de nationale wetgeving. De werkgever had geen werkelijke beoordelingsvrijheid of onafhankelijke stem, maar paste gewoon het geldende nationale recht toe. Een dergelijke situatie valt niet te vergelijken met die waarin het Hof het noodzakelijk achtte dat er een rechtsmiddel kon worden aangewend tegen de werkgever en waarin de discriminatiebron ook zag op eigen beslissingen van de werkgever.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> Conclusie in de zaak *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2013:491, punt 79).

<sup>93</sup> Arrest van 19 april 2016 (C-441/14, EU:C:2016:278, punt 42).

<sup>94</sup> Bijvoorbeeld in de zaak waarop het arrest van 8 november 1990, *Dekker* (C-177/88, EU:C:1990:383), betrekking heeft, werd de sollicitatie van de verzoekster afgewezen omdat zij drie maanden zwanger was. Dat zij in blijde verwachting was, werd naar nationaal recht evenwel gelijkgesteld met „ziekte”. Aangezien de toekomstige werkgever op de hoogte was van haar „ziekte”, zou hij indien hij haar had aangesteld het zwangerschapsverlof hebben moeten betalen zonder daarbij hulp van de staat te krijgen, wat de werkgever niet wilde. In het nationale recht was er dus sprake van een (aanzienlijke) financiële belemmering om zwangere vrouwen in dienst te nemen. Het was echter ook duidelijk dat de uiteindelijke beslissing of en hoe die discriminerende nationale regeling in het individuele geval moest worden toegepast, bij de werkgever lag.



180. Dit brengt mij, ten tweede, bij de *schuld*vraag. Voor welke fout moet de werkgever betalen? Het toepassen van geldig nationaal recht? In gevallen waarin het Hof heeft gekeken naar vermeende, met het Unierecht strijdige discriminatie door werkgevers, heeft het vaak verklaard dat de opgelegde sanctie doeltreffend, evenredig en *afschrikkend* moet zijn.<sup>95</sup> Tenzij van werkgevers wordt verlangd dat zij optreden als constitutionele politieagenten, met als gevolg dat zij de positieve verplichting zouden hebben om nationaal recht dat naar hun mening mogelijksterwijs in strijd is met de bepalingen van het Handvest, op te sporen en actief aan te vechten, is er van dat afschrikingsdoel geen sprake. Of treft de werkgever schuld omdat hij de verenigbaarheid van de nationale wettelijke regeling met artikel 21, lid 1, van het Handvest en richtlijn 2000/78 niet heeft aangevochten? Dit komt er eigenlijk op neer dat van de werkgever wordt verwacht dat hij voorziet wat de uiteindelijke uitkomst zal zijn van jarenlange procedures waarbij ook de hoogste rechter van een lidstaat, de Grote kamer van het Hof en vele andere eminente advocaten en rechters in verschillende stadia waren betrokken.

181. Ten derde zie ik ook niet goed hoe een werkgever *voordeel* zou halen uit de omstandigheid dat hij bepaalde werknemers dubbel moet betalen of op Goede Vrijdag een betaalde vrije dag moet geven. Tenzij het feit dat hij de overige 98 % van de werknemers niet hetzelfde betaalt kan worden aangemerkt als een onrechtmatig, door de werkgever onterecht verkregen voordeel, welke uitlegging geenszins voor de hand ligt, is er volgens mij slechts sprake van op de werkgever rustende lasten.

182. Ten vierde is er de relatieve *zwakte*. Dit argument heeft, in tegenstelling tot de drie andere argumenten, toch een zekere overtuigingskracht. Aangenomen zou zelfs kunnen worden dat het van meer gewicht is dan alle andere overwegingen: vanwege de inherente ongelijkheid in een arbeidsverhouding rust de verplichting om de rekening te betalen, ongeacht de omstandigheden, altijd op de werkgever.

183. Achter dit argument gaat een fundamentele, *ideologische* keuze over risico- en kostenverdeling schuil.<sup>96</sup> Bovendien kan wellicht worden aangenomen dat niet alle werkgevers in Oostenrijk of elders in de Unie grote anonieme multinationals zijn. Veel bedrijven worden gerund door één persoon of een beperkt aantal mensen. Waarom zouden zij moeten opdraaien voor de kosten van het toepassen van gebrekkige nationale wetgeving?

184. Het is evenwel juist dat dergelijke aspecten irrelevant worden wanneer van de werkgever in wezen wordt verlangd dat hij de rekening betaalt om de simpele reden dat hij werkgever is. Dat is een onomstotelijk argument, maar ook een argument dat mijns inziens niet slaafs hoeft te worden gevolgd.

185. Gelet op al het voorgaande ben ik van mening dat krachtens het Unierecht niet is *vereist* dat er tegen de werkgever een rechtsmiddel kan worden ingesteld in een geval als het onderhavige, waarin de werkgever in overeenstemming met het nationale recht heeft gehandeld, maar dat nationale recht wordt aangemerkt als strijdig met artikel 21, lid 1, van het Handvest (juncto richtlijn 2000/78). Duidelijkheidshalve wijs ik erop dat die conclusie geldt voor geschillen tussen *particulieren*, maar niet wanneer de verwerende partij de staat is (die als werkgever optreedt). Het Unierecht *staat* evenwel *niet in de weg aan* een rechtsmiddel dat tegen *particuliere* werkgevers kan worden aangewend, indien er naar nationaal recht sprake is van een dergelijk rechtsmiddel.

95 Arrest van 10 april 1984, von Colson en Kamann (C-14/83, EU:C:1984:153). In gevallen waarin het Hof van oordeel was dat er krachtens het Unierecht in het nationale recht een schadevordering tegen particulieren wegens schending van het Unierecht mogelijk moet zijn, heeft het gewezen op het compensatie- en afschrikingsdoel van een dergelijk rechtsmiddel. Zie arrest van 20 september 2001, Courage en Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465).

96 Er kan niet van worden uitgegaan dat sommige, alle of de meeste werkgevers met succes hun schade zullen verhalen op de staat. Gesteld kan dan ook worden dat de vraag wie de verweerder in een zaak als de onderhavige is, in feite neerkomt op de vraag wie de kosten zal dragen.



ii) *Schadevergoeding van de staat*

186. Er is een in de rechtspraak van het Hof erkend onderscheid tussen discriminatie waarvan de oorspronkelijke bron de wetgever is (zoals in het hoofdgeding) en die waarvan de oorspronkelijke bron de werkgever is.<sup>97</sup> Om inspiratie te halen uit de overtuigende argumenten van de Commissie in de zaak Dekker<sup>98</sup>: „Men kan zich dan afvragen of van de werkgever mag worden verlangd dat hij de discriminerende nationale regeling geheel negeert dan wel in rechte opkomt tegen die regeling wegens strijdigheid met de richtlijn of met de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen [in de zaak Dekker]. De uitkomst van een dergelijke procedure zou echter grotendeels onzeker zijn en bovendien zou, als dit inderdaad zou worden verlangd, de werkgever een verplichting opgelegd krijgen die op de staat rust.”

187. Er zijn nog andere redenen waarom het niet raadzaam zou zijn dat krachtens het Unierecht in dergelijke omstandigheden een rechtsmiddel kan worden aangewend tegen een particuliere werkgever, en waarom effectieve rechterlijke bescherming in de praktijk de vorm moet krijgen van een schadevordering tegen de staat. De meeste van die redenen weerspiegelen argumenten die hierboven reeds zijn behandeld.

188. In de eerste plaats is er het morele argument waarop hierboven bij de bespreking van de bron en de schuld reeds is ingegaan. De hoofdverantwoordelijke voor de discriminatie is de staat. In overigens gelijke omstandigheden is niet duidelijk waarom de kosten in eerste instantie moeten worden gedragen door de werkgever.

189. Het morele argument sluit aan bij het structurele argument. Wordt als gevolg van het voorrangsbeginsel en de abstracte vergelijkbaarheidstoets de litigieuze nationale bepaling buiten toepassing gelaten, dan kunnen de fout en de daaruit resulterende wetgevingslacune duidelijk aan de lidstaat worden toegerekend.

190. In de tweede plaats heeft het in eerste instantie aansprakelijk stellen van werkgevers voor hen geen afschrikkende werking<sup>99</sup> en is het zelfs mogelijk dat daarmee de afschrikkende werking voor de daadwerkelijke verantwoordelijke, namelijk de staat, vermindert. Wil de wet worden gewijzigd, dan moet er druk worden uitgeoefend op de staat.

191. In de derde plaats wordt er, als werknemers genoegdoening kunnen krijgen door hun werkgever die het recht heeft toegepast voor de rechter te dagen en de werkgever zich vervolgens kan verhalen op de staat, veel meer geprocedeerd. Als de benadeelde rechtstreeks verhaal haalt op de schuldige en niet op de tussenpersoon die geen schuld treft, dan zou er geen sprake zijn van twee procedures.

192. In de vierde plaats heeft het Hof in privaatrechtelijke geschillen waarin richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is, steeds geweigerd te erkennen dat een particulier zich op de richtlijn kan beroepen tegenover een andere particulier. Er moet weliswaar een rechtsmiddel zijn, maar het betreft een schadevordering tegen de staat.<sup>100</sup> Onduidelijk is waarom dit in beginsel ook niet zou gelden wanneer er tegelijk ook een beroep wordt gedaan op bepalingen van het Handvest. Op die manier zou er worden gezorgd voor een coherent stelsel van rechtsmiddelen in (horizontale) privaatrechtelijke verhoudingen wanneer een beroep wordt gedaan op bronnen van Unierecht die geen horizontale rechtstreekse werking hebben.

97 Zie punten 49 tot en met 51 van deze conclusie.

98 Zoals samengevat in het rapport ter terechtzitting. Zie Ward, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2e druk, Oxford University Press, Oxford, 2007, blz. 57.

99 Zie punt 179 van deze conclusie.

100 Arresten van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90–C-9/90, EU:C:1991:428, punt 45), en 15 januari 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, punt 50).

193. In de vijfde en laatste plaats is er nog een aspect dat ziet op de algemene samenhang en pleit voor de hier voorgestane benadering van rechtsmiddelen. Het koppelt terug naar het vergelijkingskader. Ik heb aangegeven dat in geval van een abstracte vergelijkbaarheidstoets het vergelijkingskader wordt gevormd door groepen.<sup>101</sup> Dit strookt volledig met het feit dat de bron van discriminatie de nationale wetgeving, en niet een beslissing van de werkgever, is. Om die reden was de identiteit van de andere werknemers van de werkgever (Cresco Investigation) niet belangrijk, en was ook de vraag of verzoeker in vergelijking met hen anders is behandeld niet bepalend.

194. Die vraag zou echter belangrijk worden, en het daarmee verbonden vergelijkbaarheidsvraagstuk zou weer volkomen actueel zijn, als van verzoeker wordt verlangd dat hij een rechtsmiddel instelt tegen de werkgever op de grond dat deze hem heeft gediscrimineerd.<sup>102</sup> Als aangenomen wordt dat die werkgever onder zijn werknemers geen leden van de vier kerken telt<sup>103</sup>, zou het logische verweer uiteraard zijn dat hij niemand heeft gediscrimineerd, aangezien hij alle werknemers op exact dezelfde wijze heeft behandeld. Hoe kan een dergelijke werkgever dan aansprakelijk worden gesteld voor een discriminatie die hij onmogelijk kan hebben begaan?

195. Uit de laatste twee punten komt wederom naar voren dat de aanpak die het Hof uiteindelijk zal volgen een logische samenhang dient te hebben, namelijk op twee niveaus: ten eerste binnen de voorliggende zaak (het soort toetsing staat in betrekking tot het vergelijkingskader, dat gevolgen heeft voor de rechtsmiddelen), en ten tweede horizontaal met betrekking tot de ter beschikking staande rechtsmiddelen voor het geval dat bepaalde bronnen van Unierecht worden geschonden.

196. Om al de hierboven genoemde redenen ben ik van mening dat particulieren zich op artikel 21, lid 1, van het Handvest [juncto artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78] kunnen beroepen, zodat onverenigbare nationale bepalingen buiten toepassing worden gelaten. Krachtens het Unierecht is evenwel niet vereist dat de kosten voor het falen van de staat om ervoor te zorgen dat het nationale recht zich met het Handvest verdraagt, in eerste instantie worden gedragen door *particuliere* werkgevers die dat nationale recht toepassen.

#### **4. Conclusie met betrekking tot de vierde vraag**

197. Gelet op een en ander stel ik voor om de vierde vraag van de verwijzende rechter als volgt te beantwoorden:

„In omstandigheden als die van het onderhavige geval waarbij er sprake is van een geschil tussen particulieren:

- moeten de bepalingen van nationaal recht ten aanzien waarvan is geoordeeld dat zij zich niet verdragen met artikel 21, lid 1, van het Handvest, gelezen in samenhang met artikel 1, artikel 2, lid 2, onder a), en artikel 7, lid 1, van richtlijn 2000/78, buiten toepassing worden gelaten zolang door de wetgever geen niet-discriminerende rechtssituatie is gecreëerd;
- kan artikel 21, lid 1, van het Handvest, gelezen in samenhang met artikel 1, artikel 2, lid 2, onder a), en artikel 7, lid 1, van richtlijn 2000/78, uit zichzelf geen verplichtingen opleggen aan de werkgever;
- kan de partij die is benadeeld doordat het nationale recht is toegepast, zich evenwel beroepen op de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428), om in voorkomend geval vergoeding van de geleden schade te verkrijgen.”

<sup>101</sup> Zie punten 45 tot en met 54 van deze conclusie.

<sup>102</sup> Ik vermoed dat dit mede heeft gezorgd voor de verwarring omtrent de vergelijkbaarheid (zie punten 46-48 van deze conclusie).

<sup>103</sup> Hetgeen statistisch gezien allesbehalve onwaarschijnlijk is, niet alleen voor Cresco Investigation, maar ook voor een flink aantal andere Oostenrijkse werkgevers. Bevestigd is dat de leden van de vier kerken circa 2% van de Oostenrijkse beroepsbevolking uitmaken.

## V. Conclusie

198. Ik geef het Hof dan ook in overweging de vragen van het Oberste Gerichtshof (hoogste rechter, Oostenrijk) als volgt te beantwoorden:

- „1) Artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, gelezen in samenhang met artikel 1 en artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, dient aldus te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan Goede Vrijdag alleen voor leden van de evangelische kerken Augsburgse Bekenntnis en Helvetisches Bekenntnis, de Oud-Katholieke Kerk en de Evangelisch-Methodistische Kerk een feestdag met een ononderbroken rusttijd van ten minste 24 uur is en aan een werknemer, ingeval hij lid is van een van de genoemde kerken en op deze feestdag toch arbeid verricht, naast het recht op loon voor de arbeid die niet hoeft te worden verricht omdat deze dag een feestdag is, ook een recht op loon wordt toegekend voor de daadwerkelijk verrichte arbeid, maar op grond waarvan dit recht niet toekomt aan andere werknemers, die geen lid zijn van deze kerken.
- 2) In omstandigheden als die van het onderhavige geval is er bij de nationale regeling op grond waarvan slechts leden van bepaalde kerken die op Goede Vrijdag arbeid verrichten recht hebben op een toeslag als bedoeld in de eerste vraag, geen sprake van een maatregel die in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van de rechten en vrijheden van derden in de zin van richtlijn 2000/78.
- 3) Bij de nationale regeling op grond waarvan een toeslag als bedoeld in de eerste vraag wordt toegekend, is er geen sprake van positieve acties en specifieke maatregelen als bedoeld in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2000/78.
- 4) In omstandigheden als die van het onderhavige geval waarbij er sprake is van een geschil tussen particulieren:
  - moeten de bepalingen van nationaal recht ten aanzien waarvan is geoordeeld dat zij zich niet verdragen met artikel 21, lid 1, van het Handvest, gelezen in samenhang met artikel 1, artikel 2, lid 2, onder a), en artikel 7, lid 1, van richtlijn 2000/78, buiten toepassing worden gelaten zolang door de wetgever geen niet-discriminerende rechtssituatie is gecreëerd;
  - kan artikel 21, lid 1, van het Handvest, gelezen in samenhang met artikel 1, artikel 2, lid 2, onder a), en artikel 7, lid 1, van richtlijn 2000/78, uit zichzelf geen verplichtingen opleggen aan de werkgever;
  - kan de partij die is benadeeld doordat het nationale recht is toegepast, zich evenwel beroepen op de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428), om in voorkomend geval vergoeding van de geleden schade te verkrijgen.”