

Kohtuasi C-341/19**Eelotsusetaotluse kokkuvõte vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 98 lõikele 1****Saabumise kuupäev:**

30. aprill 2019

Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Bundesarbeitsgericht (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim töökohus)

Eelotsusetaotluse kuupäev:

30. jaanuar 2019

Kostja, apellatsioonkaebuse esitaja ja kassatsioonkaebuse esitaja:

MH Müller Handels GmbH

Hageja, vastustaja apellatsioonimenetluses ja vastustaja kassatsioonimenetluses:

MJ

Põhikohtuasja ese

Võrdne kohtlemine töö saamisel ja kutsealale pääsemisel, usuvabadus seoses peaaräti kandmisega tööl

Eelotsusetaotluse ese ja õiguslik alus

Liidu õiguse tõlgendamine, ELTL artikkel 267

Eelotsuse küsimused

1. Kas tuvastatud kaudne erinev kohtlemine usutunnistuse alusel direktiivi 200/78/EÜ artikli 2 lõike 2 punkti b tähenduses võib eraõigusliku ettevõtja siseeeskirjast tulenevalt olla asjakohane vaid siis, kui kõnealuse eeskirja kohaselt on keelatud kanda igasuguseid nähtavaid tunnuseid, mis väljendavad usulisi, poliitilisi ja muid filosoofilisi veendumusi, ja mitte üksnes silmatorkavaid suurepinnalisi tunnuseid?

2. Kui esimesele küsimusele vastatakse eitavalt:

- a) Kas direktiivi 200/78/EÜ artikli 2 lõike 2 punkti b tuleb tõlgendada nii, et põhiõiguste harta artiklist 10 ja EIÕK artiklist 9 tulenevaid õigusi võib arvesse võtta, kui hinnata küsimust, kas tuvastatud kaudne erinev kohtlemine usutunnistuse alusel on siiski asjakohane eraõigusliku ettevõtja sise-eeskirja tõttu, mis keelab kanda usulisi, poliitilisi ja muid filosoofilisi veendumusi väljendavaid silmatorkavaid suurepinnalisi tunnuseid?
- b) Kas direktiivi 200/78/EÜ artikli 2 lõike 2 punkti b tuleb tõlgendada nii, et usuvabadust kaitsvaid riigisisesed põhiseadusnorme kui soodsamaid sätteid direktiivi 2000/78/EÜ artikli 8 lõike 1 tähenduses võib arvesse võtta, kui hinnata küsimust, kas tuvastatud kaudne erinev kohtlemine usutunnistuse alusel on siiski asjakohane eraõigusliku ettevõtja sise-eeskirja tõttu, mis keelab kanda usulisi, poliitilisi ja muid filosoofilisi veendumusi väljendavaid silmatorkavaid suurepinnalisi tunnuseid?

3. Kui teise küsimuse alaküsimustele a ja b vastatakse eitavalt:

Kas hinnates ettekirjutust, mis tugineb eraõigusliku ettevõtja sise-eeskirjale, mis keelab kanda usulisi, poliitilisi ja muid filosoofilisi veendumusi väljendavaid silmatorkavaid suurepinnalisi tunnuseid, tuleb usuvabadust kaitsvad riigisisesed põhiseadusõigusnormid jätta liidu esmase õiguse tõttu kohaldamata, olgugi et liidu esmane õigus, näiteks põhiõiguste harta artikkel 16 riigisisesed õigusnorme ja tavasid tunnustab?

Viidatud liidu õigusnormid

Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“), eelkõige artiklid 10 ja 16

Nõukogu 27. novembri 2000. aasta direktiiv 2000/78/EÜ, millega kehtestatakse üldine raamistik võrdseks kohtlemiseks töö saamisel ja kutsealale pääsemisel (EÜT 2000, L 303, lk 16; ELT eriväljaanne 05/04, lk 79; edaspidi „direktiiv 2000/78“), eelkõige artiklid 2 ja 8

Viidatud riigisisesed õigusnormid

Saksamaa Liitvabariigi põhiseadus (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, edaspidi „GG“), eelkõige artiklid 4 ja 12

Tsiviilseadustik (Bürgerliches Gesetzbuch, edaspidi „BGB“), eelkõige § 134

Käsitööndus-, kaubandus- ja tööstustegevuse seadustik (Gewerbeordnung, edaspidi „GewO“), eelkõige § 106

Võrdse kohtlemise seadus (Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, edaspidi „AGG“), eelkõige §-d 1, 3 ja 7

Asjaolude ja menetluse lühikokkuvõte

- 1 Pooled vaidlevad sisuliselt selle üle, kas ettekirjutus loobuda tööl islami pearäti kandmisest on õiguspärane.
- 2 Kostja on Saksa õiguse alusel asutatud äriühing, kes peab Saksamaal käsimüügiravimite, keemia- ja kosmeetikatoodete kauplusi. Hageja on usunõudeid järgiv moslem. Ta töötab kostja juures alates 2002. aastast müügikonsultandi ja kassapidajana.
- 3 2014. aastal vanemapuhkuselt naastes kandis hageja pearätti, mida ta varasemal ajal ei olnud teinud. Kostja nõuet võtta pearätt tööl olles peast ta ei järginud. Seepeale ei jäeti ta alguses tööst üldse ilma ning hiljem anti talle teine tööülesanne, mida täites ei pidanud ta pearätti peast võtma. 21. juunil 2016 esitati talle siiski pearätist loobumise nõue. Kuna hageja keeldus nõuet täitmast, saadeti ta koju. 2016. aasta juulis esitati talle ettekirjutus ilmuda tööle ilma silmatorkavate suurepinnaliste usulisi, poliitilisi ja muid filosoofilisi veendumusi väljendavate tunnusteta (edaspidi „vaidlustatud ettekirjutus“).
- 4 Seepeale esitas hageja vaidlustatud ettekirjutuse tühistamise hagi. Lisaks nõuab ta hüvitist.
- 5 Esimese ja teise astme kohtus hagi rahuldati. Kassatsioonkaebuses esitab kostja jätkuvalt hagi rahuldamata jätmise nõude.

Põhikohtuasja poolte peamised argumendid

- 6 Hageja hinnangul on vaidlustatud ettekirjutus kehtetu, kuna see rikub tema usuvabadust, mis on tagatud põhiseadusega. Ta kannab pearätti üksnes selleks, et täita tema jaoks siduvat usunõuet. See on hõlmatud usuvabadusega.
- 7 Ettevõtlusvabadusele tuginev kostja soov olla neutraalne ei ole usuvabaduse suhtes tingimata esimuslik. Pigem tuleb korraldada proportsionaalsuse hindamine.
- 8 Esitatud seisukoht ei ole vastuolus Euroopa Kohtu praktikaga. Nimelt sisaldab liidu õigus vaid miinimumnõudeid, millest tulenevalt võib liidu õiguse kohaselt lubatav erinev kohtlemine olla riigisisese õiguse kohaselt lubamatu, millega on tegemist käesoleval juhul.
- 9 Kostja peab ettekirjutust õiguspäraseks. Tema juures kehtivad juba pikka aega riietumiseeskirjad, mis ei luba kanda tööl muu hulgas mis tahes liiki peakatteid. Alates 2016. aasta juulist kehtib kõikides müügifiliaalides eeskiri, mille kohaselt on keelatud kanda tööl usulisi, poliitilisi ja muid filosoofilisi veendumusi väljendavaid silmatorkavaid suurepinnalisi tunnuseid. Kostja eesmärk on kaitsta

ettevõttes neutraalsust. Muu hulgas soovitakse ära hoida töötajatevahelisi konflikte. Selliseid erinevatest religioonidest ja kultuuridest põhjustatud probleeme on varasemal ajal esinenud juba kolmel korral. Need ei olnud aga seotud pearäti või mõne muu usulise tunnuse kandmisega.

- 10 Kostja väitel toetab kostja seisukohta Euroopa Kohtu 14. märtsi 2017. aasta kohtuotsus G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), milles Euroopa Kohus omistas harta artikliga 16 tagatud ettevõtlusvabadusele suurema kaalu kui usuvabadusele. Selleks et kehtestada usulisi veendumusi väljendavate tunnuste kandmise keeldu, ei ole vaja tõendada ettevõtja sattumist majanduslikult ebasoodsamasse olukorda ja klientide kaotamist. Teistsugust järeldust ei saa teha ka riigisiseste põhiõiguste alusel.

Eelotsusetaotluse põhjenduse lühikokkuvõte

- 11 Eelotsusetaotlus on vajalik, kuna kohtuasja lahendamine sõltub liidu õiguse küsimustest, mida Euroopa Kohus ei ole veel lõplikult selgeks teinud.

Kohaldatav riigisisene õigus

- 12 Riigisisese õiguse tasandil põhineb vaidlustatud ettekirjutus GewO § 106 esimesel lausel, mille kohaselt võib tööandja „tööülesannete sisu, nende täitmise koht ja aja täpsemalt kindlaks määrata kaalutusõiguse alusel“. Kõnealune ettekirjutuste andmise õigus ei ole piiramatu. Esiteks peab ettekirjutus, nagu tuleneb vahetult sätte sõnastusest, vastama „kaalutusõigusele“. Teiseks ei tohi see eelotsusetaotluse esitanud kohtu praktika kohaselt rikkuda seadusega kehtestatud keeldu. Selline keeld võib käesoleval juhul sisalduda AGG §-s 7 koosmõjus §-ga 1, mille kohaselt on keelatud töötajate diskrimineerimine muu hulgas usutunnistuse alusel. Keelatud on ka kaudne diskrimineerimine, millega on AGG § 3 lõike 2 kohaselt tegemist juhul, kui väliselt neutraalne säte seab isiku muu hulgas usutunnistuse tõttu ebasoodsamasse olukorda, välja arvatud juhul, kui kõnealusel sätel on objektiivselt põhjendatav õigustatud eesmärk ja selle eesmärgi saavutamise vahendid on asjakohased ja vajalikud.
- 13 Kui vaidlustatud ettekirjutus peaks olema AGG §-ga 7 vastuolus, oleks see BGB § 134 alusel – mis näeb ette seadusega kehtestatud keeldu rikkuva tehingu tühisuse – tühine.
- 14 Nimetatud riigisiseste õigusnormide hindamisel tuleb arvesse võtta ka GG-s sätestatud põhiõigusi. Eelkõige tuleb kontrollida, kas vaidlustatud ettekirjutuse ja selle aluseks olev üldeeskirjaga, millele kostja tugineb, piiratakse lubamatult GG artikli 4 lõigetega 1 ja 2 tagatud usuvabadust.
- 15 Bundesverfassungsgerichti (Saksamaa Liitvabariigi konstitutsioonikohus) väljakujunenud praktika kohaselt mõjutab põhiseaduslik kaitse kaudselt ka eraõiguslike isikute vahelisi õigussuhteid. Õigusnormide, eelkõige tsiviilõiguse üldnormide ja määratlemata õigusmõistete tõlgendamisel peavad kohtud arvesse

võtma põhiõigusi kui põhiseadusõiguslikke väärtushinnanguid. Olenevalt konkreetse juhu asjaoludest tuleb seejuures vajaduse korral arvestada võimalike vastuolus olevate põhiõiguste vastastikust mõju ja viia need omavahel tasakaalu.

- 16 Peale selle nähtub Bundesverfassungsgerichti (Saksamaa Liitvabariigi konstitutsioonikohus) praktikast, et islami pearäti kandmine kuulub GG artikli 4 lõigetega 1 ja 2 tagatud usuvabaduse kaitsealasse. Kõnealune põhiõigus laieneb nii sisemisele vabadusele uskuda või mitte uskuda kui ka välisele vabadusele oma usku kuulutada ja levitada. See hõlmab ka isiku õigust lähtuda kogu oma käitumises usunõuetest ja tegutseda selle veendumuse kohaselt. Oma usule tüüpilist pearätti kandvad islamiusulised naised võivad kutsealal tegutsedes tugineda sellele kaitsele. Asjaolu, et islamiusu enda raames ollakse niinimetatud katmisnõude suhtes eri seisukohtadel, on ebaoluline.
- 17 Usuvabadust võivad siiski piirata omavahel vastuolus olevad põhiõigused. Käesoleval juhul tuleb arvesse võtta GG artikli 12 lõikega 1 tagatud töandja ettevõtlusvabadust. Bundesverfassungsgerichti (Saksamaa Liitvabariigi konstitutsioonikohus) ja eelotsusetaotluse esitanud kohtu kattuva praktika kohaselt tuleb omavahel vastuolus olevaid põhiõigusi piirata nii, et need jäävad kõigi asjaosaliste jaoks võimalikult ulatuslikult kohaldatavaks. Eelotsusetaotluse esitanud kohus nõuab aga sellega seoses, et töandja esitaks tõendid tegeliku ohu kohta, mis seisneb selles, et islami pearätti kandva asjaomase töötaja edasine töötamine häirib konkreetselt ettevõtte tööd või toob kaasa majanduslikult ebasoodsama olukorra. Pelgalt oletustest või kartustest ei piisa.

Liidu õiguse ja EIÕK kohaldatavad sätted

- 18 GewO ja AGG asjaomaste sätete tõlgendamine üksnes riigisiseste põhiõiguste kriteeriumi alusel ei ole küllaldane. Eelkõige tuleb meeles pidada, et AGG sätetega on Saksa õigusesse üle võetud direktiiv 2000/78. Seega on AGG § 3 lõikes 2 sisalduva mõiste „kaudne diskrimineerimine“ käsitamisel määrav direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punktile b antav tõlgendus. Peale selle on avatud harta kohaldamisala, kuna AGG-ga rakendatakse liidu õigust (vt harta artikli 51 lõike 1 esimene lause). Asjakohane on seejuures nii harta artikliga 10 tagatud usuvabadus kui ka harta artiklis 16 sätestatud ettevõtlusvabadus.
- 19 Harta artikli 10 puhul tuleb lisaks meeles pidada, et harta selgitavate märkuste kohaselt vastab hartas tagatud õigus Euroopa inimõiguste ja põhivabaduse kaitse konventsiooni (edaspidi „EIÕK“) artikliga 9 tagatud õigusele ning harta artikli 52 lõike 3 kohaselt on selle õiguse tähendus ja ulatus sama, mis sellele nimetatud konventsiooniga ette on nähtud. Euroopa Inimõiguste Kohtu praktika kohaselt on religioosse riietuse, näiteks pearäti kandmine EIÕK artikliga 9 kaitstud tegevus (vt nt Euroopa Inimõiguste Kohtu 18. septembri 2018. aasta otsus *Lachiri vs. Belgia*, CE:ECHR:2018:0918JUD000341309, § 31). Eraõigusliku töandja kehtestatud pearätikeeldu menetlevad liikmesriigi kohtud peavad EIÕK artiklist 9 tulenevat õigust piisavalt kaitsma ning looma õiglase tasakaalu asjaomase isiku õiguste ja teiste isikute õiguste vahel. Riietumiseeskirjade puhul tuleb kaaluda töötajate

õigust tunnistada oma usku ja tööandja soovi luua ettevõttest teatav kuvand (Euroopa Inimõiguste Kohtu 15. jaanuari 2013. aasta otsus Eweida vs. Ühendkuningriik, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, §-d 84, 91 ja 94).

Esimene eelotsuse küsimus

- 20 Eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul kujutab vaidlustatud ettekirjutus endast hageja kaudset erinevat kohtlemist (võimaliku ebasoodsamasse olukorda asetamise või diskrimineerimise tähenduses vastavalt AGG § 3 lõikele 2 ja direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punktile b), kuna üldeeskirjal põhineva ettekirjutusega asetatakse hageja usutunnistuse tõttu teiste isikutega võrreldes erilisel viisil ebasoodsamasse olukorda. Kohtuasja lahendamise seisukohast on oluline, kas ettekirjutusel on kooskõlas direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punkti b alapunktis i ette nähtud erandiga objektiivselt põhjendatav õigustatud eesmärk ja kas selle eesmärgi saavutamise vahendid on asjakohased ja vajalikud.
- 21 Euroopa Kohtu seisukohta jagades leiab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et tööandja soov näidata klientide suhtes välja neutraalsust on seotud ettevõtlusvabadusega, mida on tunnustatud harta artiklis 16, ning põhimõtteliselt on see õigustatud eesmärk (vt 14. märtsi 2017. aasta kohtuotsus G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punkt 38).
- 22 Eespool viidatud kohtuotsust ning 14. märtsi 2017. aasta kohtuotsust Bougnaoui ja ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204) arvestades on aga küsitav, kas ettevõtja neutraalsuse eesmärgi järgimiseks saab olla sobiv üksnes ulatuslik keeld, mis keelab usuliste veendumuste avaldamise mis tahes nähtaval kujul, või on selleks piisav – nagu käesoleval juhul – ka silmatorkava suurepinnalise tunnusega piirduv keeld, tingimusel et seda rakendatakse järjepidevalt ja süstemaatiliselt.
- 23 Euroopa Kohtu otsuseni G4S Secure Solutions viinud kohtuasjas oli tegemist korruga, mis keelas töötajatel nähtavate poliitiliste, filosoofiliste või religioosete tunnuste kandmise. Viidatud kohtuotsusel põhineb Euroopa Kohtu otsus Bougnaoui ja ADDH. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu jaoks ei ole viidatud kohtuotsuste põhjal täielikult arusaadav, kas Euroopa Kohus võttis arvesse vaid kohtuasjas G4S Secure Solutions kujunenud määravat olukorda ning viitas sellele samal kuupäeval tehtud kohtuotsuses Bougnaoui ja ADDH või sisaldub arutluskäigus üldkehtiv järeldus. Seepärast esitatakse esimene eelotsuse küsimus.

Teise eelotsuse küsimuse alaküsimused a ja b

- 24 Teise eelotsuse küsimuse alaküsimused a ja b puudutavad asjakohasuse hindamist direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punkti b alapunkti i tähenduses. Nimelt kui Euroopa Kohus jõuab järeldusele, et ka silmatorkava suurepinnalise tunnusega piirduv keeld võib olla sobiv ettevõtja neutraalsuse eesmärgi järgimiseks, tuleb uurida, kas keeld on vajalik ja asjakohane.

- 25 Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et sellised eeskirjad nagu on kehtestatud käesoleval juhul ja millele tugineb kostja, peavad piirduma rangelt vajalikuga (vt 14. märtsi 2017. aasta kohtuotsus G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punkt 42), kuna need keelavad vaid silmatorkavate suurepinnaliste tunnuste kandmise ja on kohaldatavad vaid klientidega kokku puutuvatele töötajatele.
- 26 Keelu asjakohasust direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punkti b alapunkti i tähenduses ei ole võimalik hinnata ilma eelotsusetaotluse esitamiseta Euroopa Kohtule.
- 27 Eelotsusetaotluse esitanud kohtul tekib esmalt põhimõtteline küsimus, kas asjakohasuse hindamise raames saab korraldada vastandlike huvide kaalumise. Kui see on võimalik, tekib järgmine küsimus, kas vastandlike huvimid – käesolevas asjas ühelt poolt harta artikkel 16 ja teiselt poolt harta artikkel 10 või EIÕK artikkel 9 – tuleb kaaluda juba keeldu kehtestava eeskirja asjakohasuse hindamisel või alles eeskirja kohaldamisel konkreetsel juhul, see tähendab töötajale ettekirjutuse tegemisel või töölepingu ülesütlemisel.
- 28 Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et juhul kui direktiivi 2000/78 artikli 2 lõike 2 punkti b alapunkti i tähenduses asjakohasuse hindamisel saab hartast ja EIÕK-st tulenevaid õigusi arvesse võtta, on harta artikliga 10 ja EIÕK artikliga 9 tagatud usuvabadusel esimus. Kostja kehtestatud eeskiri keelab piisava aluseta muu hulgas silmatorkavate suurepinnaliste religioossete tunnuste kandmise.
- 29 Viidatud õiguste kaitsesele võib hageja tugineda ka suhetes kostjaga, see tähendab eraõiguslike isikute vahelistes suhetes (vt 17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 49).
- 30 Peab paika, et harta artikli 52 lõike 1 kohaselt on usuvabaduse piirangud võimalikud. Euroopa Inimõiguste Kohtu seisukohta jagades lähtub eelotsusetaotluse esitanud kohus aga sellest, et korraldada tuleb vastandlike huvide kaalumise. Käesoleval juhul on aga usuvabadusel esimus harta artikliga 16 kaitstud eesmärgi suhtes luua ettevõtjast neutraalne kuvand, kuna kostja väidetud häiringud ei ole piisavalt kaalukad, et annaksid alust kehtestada usuliste veendumuste väljendamise keeldu.
- 31 Peale selle on usuvabadus Euroopa Inimõiguste Kohtu hinnangul demokraatias hädavajaliku pluralismi eeldus. Usklike ja mõnda muud usku järgivate või mitteusklike isikute vahelisi konflikte tuleks lahendada mitte usulise mitmekesisuse kõrvaldamise, vaid säilitamise teel (Euroopa Inimõiguste Kohtu 16. detsembri 2004. aasta kohtuotsus Supreme Holy Council of the Muslim Community vs. Bulgaaria, CE:ECHR:2004:1216JUD003902397, § 93).
- 32 Juhul kui Euroopa Kohus peaks jõudma järeldusele, et hartast ja EIÕK-st tulenevaid vastuolus olevaid õigusi ei saa asjakohasuse hindamise raames arvesse võtta, tekib järgmine küsimus, kas riigisisene konstitutsiooniõigus, eelkõige GG artikli 4 lõiked 1 ja 2, millega on tagatud usu- ja veendumuste vabadus, võivad

olla soodsamad sätted direktiivi 2000/78 artikli 8 lõike 1 tähenduses. Viimati nimetatud sätte kohaselt võivad liikmesriigid kehtestada või säilitada kõnealuse direktiivi sätetest soodsamad võrdse kohtlemise põhimõtet kaitsvad sätted.

- 33 Eelotsusetaotluse esitanud kohus ei saa ilma Euroopa Kohtu poole pöördumata hinnata, millistel tingimustel saab lähtuda soodsamast sättest direktiivi tähenduses. Tekib küsimus, kas see hõlmab vaid riigisiseseid diskrimineerimise eest kaitsvaid õigusnorme või ka põhivabadusi kaitsvaid õigusnorme nagu GG artikli 4 lõiked 1 ja 2, millega on tagatud usu- ja veendumuste vabadus. Õiguskirjanduses ollakse selles küsimuses eri arvamustel ning teadaolevalt ei ole ka Euroopa Kohtu praktikas sellele seni veel vastatud.
- 34 Eelotsusetaotluse esitanud kohus lähtub sellest, et soodsamate sätetena direktiivi 2000/78 artikli 8 lõike 1 tähenduses võivad kõne alla tulla ka vabadusi tagavad põhiõigused, tingimusel et lõppkokkuvõttes suurendavad need diskrimineerimise eest kaitstuse taset.
- 35 Kui Euroopa Kohus peaks asuma vastupidisele seisukohale, ei oleks aga GG artikli 4 lõigetega 1 ja 2 kaitstud usu- ja veendumuste vabadus soodsam sätte direktiivi 2000/78 artikli 8 lõike 1 tähenduses ning asjakohase hindamise raames ei saaks seda arvesse võtta.

Kolmas eelotsuse küsimus

- 36 Kolmas eelotsuse küsimus puudutab liidu õiguse ja riigisisese konstitutsiooniõiguse suhet. Kui Euroopa Kohus vastab teise eelotsuse küsimuse alaküsimustele a ja b nii, et hinnates küsimust, kas tegemist on usutunnistuse tõttu lubamatu ebasoodsamasse olukorda seadmisega, ei või hartast ja EIÕK-st tulenevaid õigusi ega riigisiseseid põhiseadusnorme arvesse võtta, tekib eelotsusetaotluse esitanud kohtul järgmine küsimus, kas tööandja ettekirjutuse kehtivuse hindamisel ei luba liidu õigus – käesoleval juhul harta artikkel 16 – seega üldse tugineda riigisisestele põhiõigustele.
- 37 Riigisisese õiguse kohaldamatuse küsimus tekib alati siis, kui liidu õigus annab isikule õiguse, millele ta saab liidu õiguse kohaldamisalasse jäävat valdkonda puudutavas vaidluses vahetult tugineda, ja riigisisest õigust ei ole võimalik tõlgendada kooskõlas liidu õigusega (17. aprilli 2018. aasta kohtuotsus Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punktid 75 ja 76). Selline subjektiivne õigus on vahetu (vt harta artikli 31 lõike 2 kohta 6. novembri 2018. aasta kohtuotsus Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, punkt 67 ja punkt 69 jj). Kui eraõiguslike isikute vahelistes suhetes vahetu õigusemõjuga subjektiivne õigus puudub, tuleb kõne alla vaid liikmesriigi vastu esitatav kahjuhüvitisenõue, kui „puhtalt“ direktiivist tulenevaid õigusnorme, mis ei rajane vahetu õigusemõjuga esmasel õigusel, ei ole nõuetekohaselt üle võetud (vt 7. augusti 2018. aasta kohtuotsus Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punkt 43 jj, ja 24. jaanuari 2012. aasta kohtuotsus Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 43).

- 38 Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et põhikohtuasjas tuleb subjektiivse õigusena selles tähenduses kõne alla vaid harta artikkel 16, mitte aga direktiiv 2000/78. Küsimusele, kas isik võib vaidluses, mille pooled on üksnes eraõiguslikud isikud, tugineda harta artiklile 16, ei ole Euroopa Kohtu praktikas teadaolevalt seni veel vastatud. Olemas on kohtupraktika harta artiklis 27 identselt sõnastatud tingimuse kohta, milles viidatakse liidu õigusele ja „riigisisestele õigusaktidele ja tavadele“. Euroopa Kohtu hinnangul tuleneb sellest, et viidatud artiklit on vaja liidu õiguse või riigisisese õiguse sätetega täpsustada, mistõttu ei saa riigisisest õigusnormi, mis ei ole direktiiviga kooskõlas, jätta ainuüksi selle artikli alusel kohaldamata (15. jaanuari 2014. aasta kohtuotsus Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 44 jj). Eelotsusetaotluse esitanud kohus ei saa eelotsusetaotlust esitamata siiski hinnata, kas harta artiklit 27 käsitlevat kohtupraktikat saab üle kanda harta artikliga 16 tagatud ettevõtlusvabadusele.
- 39 Eelotsusetaotluse esitanud kohus ise mõistab liidu õigust nii, et harta artikkel 16 ja liidu õiguse kohaldamise esimene ei takista riigisiseste põhiseadusnormide arvestamist sellise ettekirjutuse hindamisel nagu käesolevas asjas. Kui Euroopa Kohus peaks selle seisukohaga nõustuma, saaks GG artikli 4 lõigetega 1 ja 2 tagatud usu- ja veendumuste vabadust arvesse võtta. Sellisel juhul oleks vaidlustatud ettekirjutus eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul tühine, kuna korraldada tuleval kaalumisel on ettevõtlusvabadus võrreldes hageja usuvabadusega vähem kaalukas. Sellisel juhul jääks kassatsioonkaebus rahuldamata. Kui harta artikkel 16 ei lubaks riigisiseseid põhiõigusi arvesse võtta, oleks kassatsioonkaebus seevastu põhjendatud. Seega on kolmas eelotsuse küsimuse otsuse tegemiseks vajalik.