



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MICHALA BOBKA
přednesené dne 25. července 2018¹

Věc C-193/17

**Cresco Investigation GmbH
proti
Markusovi Achatzimu**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud, Rakousko)]

„Řízení o předběžné otázce – Rovné zacházení v zaměstnání a povolání – Vnitrostátní úprava přiznávající určitá práva vymezené skupině zaměstnanců – Srovnatelnost – Přímá diskriminace na základě náboženského vyznání – Odůvodnění – Pozitivní činnost – Horizontální použití Listiny základních práv – Horizontální přímý účinek Listiny základních práv – Povinnosti zaměstnavatelů a vnitrostátních soudců v případě neslučitelnosti vnitrostátního práva s čl. 21 odst. 1 Listiny základních práv Evropské unie a čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78/EC“

I. Úvod

1. Velký pátek je podle rakouského práva (placený) svátek pouze pro příslušníky čtyř církví. Pokud však příslušníci těchto církví v tento den pracují, mají nárok na náhradu ve výši dvojnásobku mzdy. Pan Markus Achatzi (dále jen „žalobce“) je zaměstnancem společnosti Cresco Investigations GmbH (dále jen „žalovaná“). Žalobce není příslušníkem žádné z uvedených čtyř církví. V důsledku toho v roce 2015 od žalované nedostal placené volno ani dvojitou náhradu za práci na Velký pátek.

2. Žalobce žaloval žalovanou o zaplacení zvýšené mzdy, kterou měl podle svého názoru obdržet za práci na Velký pátek, a tvrdil, že vnitrostátní právní úprava je diskriminační na základě náboženského vyznání a přesvědčení, co se týče pracovních podmínek a odměny. V této souvislosti se Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud, Rakousko) Soudního dvora v podstatě táže, zda je vnitrostátní právní úprava dotčená ve věci v původním řízení ve světle unijního práva diskriminační a pokud ano, jaký by byl důsledek takového závěru po dobu, než vnitrostátní zákonodárce přijme nový nediskriminační právní režim: mají mít všichni zaměstnanci nárok na volno na Velký pátek a zvýšenou mzdu (placenou zaměstnavatelem), nebo uvedené plnění nenáleží nikomu z nich?

3. Předkládající soud se ve svých otázkách dovolává „článku 21 Listiny (vykládaného) ve spojení se“ směrnicí 2000/78/EC². Určitý faktický obsahový a aplikační paralelismus v případě ustanovení Listiny základních práv a příslušného předpisu sekundárního práva provádějícího uvedené ustanovení Listiny základních práv jistě není v judikatuře tohoto Soudního dvora nic nového. Zabýváme-li se otázkou *abstraktní* slučitelnosti ustanovení vnitrostátního práva s Listinou základních práv a se

¹ – Původní jazyk: angličtina.

² – Směrnice Rady ze dne 27. listopadu 2000, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání (Úř. věst. 2000, L 303, s. 16).

směrnicí EU³, je otázka, co přesně se na projednávaný případ použije, pravděpodobně druhořadá. V projednávané věci je však Soudní dvůr vyzván, aby byl konkrétní, pokud jde o důsledky jakékoliv takové neslučitelnosti ve vztahu ke konkrétnímu (horizontálnímu) typu právního vztahu, což zase vyžaduje konkrétnost, pokud jde o otázku, s čím přesně je v uvedeném typu vztahu takový vnitrostátní právní předpis neslučitelný.

II. Právní rámec

A. Unijní právo

1. Listina základních práv

4. Článek 21 odst. 1 Listiny základních práv Evropské unie (dále jen „Listina“) stanoví: „Zakazuje se jakákoli diskriminace založená zejména na pohlaví, rase, barvě pleti, etnickém nebo sociálním původu, genetických rysech, jazyku, náboženském vyznání nebo přesvědčení, politických názorech či jakýchkoli jiných názorech, příslušnosti k národnostní menšině, majetku, narození, zdravotním postižení, věku nebo sexuální orientaci.“

5. Článek 52 odst. 1 Listiny stanoví: „Každé omezení výkonu práv a svobod uznaných touto listinou musí být stanoveno zákonem a respektovat podstatu těchto práv a svobod. Při dodržení zásady proporcionality mohou být omezení zavedena pouze tehdy, pokud jsou nezbytná a pokud skutečně odpovídají cílům obecného zájmu, které uznává Unie, nebo potřebě ochrany práv a svobod druhého.“

2. Směrnice 2000/78

6. Články 1, 2 a 7 směrnice 2000/78 stanoví následující:

„Článek 1

Účel

Účelem této směrnice je stanovit obecný rámec pro boj s diskriminací na základě náboženského vyznání či víry, zdravotního postižení, věku nebo sexuální orientace v zaměstnání a povolání, s cílem zavést v členských státech zásadu rovného zacházení.“

Článek 2

Pojem diskriminace

1. Pro účely této směrnice se „zásadou rovného zacházení“ rozumí neexistence jakékoliv přímé nebo nepřímé diskriminace na jakémkoli základě uvedeném v článku 1.

2. Pro účely odstavce 1 se:

a) „přímou diskriminací“ rozumí, pokud se s jednou osobou zachází méně příznivě, než se zachází nebo zacházelo nebo by se zacházelo s jinou osobou ve srovnatelné situaci na základě jednoho z důvodů uvedených v článku 1;

3 – K otázce, zda je ustanovení vnitrostátního práva s takovými a takovými vlastnostmi obecně a v podstatě bez ohledu na povahu právního vztahu, v němž bylo ustanovení použito na vnitrostátní úrovni, slučitelné s unijním právem – z poslední doby viz například rozsudek ze dne 19. července 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

b) „nepřímou diskriminací“ rozumí, pokud by v důsledku zdánlivě neutrálního ustanovení, kritéria nebo zvyklosti byla osoba určitého náboženského vyznání nebo víry, určitého zdravotního postižení, určitého věku nebo určité sexuální orientace v porovnání s jinými osobami znevýhodněna, ledaže

[...]

5. Tato směrnice se nedotýká opatření stanovených vnitrostátními právními předpisy, která jsou v demokratické společnosti nutná pro veřejnou bezpečnost, udržování veřejného pořádku a předcházení trestným činům, pro ochranu zdraví a ochranu práv a svobod ostatních lidí.

[...]

Článek 7

Pozitivní činnost

1. Za účelem zajištění plné rovnosti v profesním životě nebrání zásada rovného zacházení žádnému členskému státu zachovávat nebo přijímat zvláštní opatření pro předcházení nevýhodám souvisejícím s kterýmkoli z důvodů uvedených v článku 1 a pro jejich vyrovnání.

[...]“

B. Vnitrostátní právo

7. Ustanovení § 7 odst. 2 Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (dále jen „Arbeitsruhegesetz“), BGBl. č. 144/1983, ve znění pozdějších předpisů (zákon o době odpočinku), ze dne 3. února 1983 vyjmenovává 13 vnitrostátních svátků, které se vztahují na všechny zaměstnance. Ustanovení § 7 odst. 3 stanoví, že pro příslušníky evangelických církví augsburského a helvetského vyznání, starokatolické církve a evangelicko-metodistické církve je svátkem i Velký pátek.

8. Ustanovení § 9 zákona o době odpočinku v podstatě stanoví, že zaměstnanci, který ve svátek nepracuje, náleží i za daný den plná mzda (§ 9 odst. 1) a pokud pracuje, bude mu vyplacen dvojnásobek (§ 9 odst. 5).

III. Skutkové okolnosti, řízení a předběžné otázky

9. Komukoliv, kdo pracuje v jakýkoliv ze 13 placených svátků v Rakousku, v zásadě náleží k jeho obvyklé mzdě dodatečná mzda ve stejné výši (dále jen „náhrada“), což v praxi znamená, že je za práci v těchto dnech zaplacen dvakrát. Nicméně vzhledem k tomu, že Velký pátek je placeným svátkem pouze pro příslušníky čtyř církví, mají nárok na placený svátek na Velký pátek, nebo na náhradu připojenou ke své obvyklé mzdě, rozhodnou-li se v ten den pracovat, pouze příslušníci těchto čtyř církví.

10. Žalobce je zaměstnancem žalované. Není příslušníkem žádné ze čtyř uvedených církví. V důsledku toho od žalované nedostal placené volno ani náhradu za práci na Velký pátek dne 3. dubna 2015.

11. Žalobce se svou žalobou domáhá vyplacení hrubé částky ve výši 109,09 EUR včetně příslušenství. Zákonná úprava, která stanoví, že Velký pátek je svátkem pouze pro příslušníky čtyř uvedených církví, spolu s náhradou v případě, že v uvedený den skutečně pracují, má podle něj za následek diskriminaci na základě náboženského vyznání a přesvědčení, co se týče jiných pracovních podmínek a odměny.

12. Žalovaná odmítla toto tvrzení a navrhla zamítnutí žaloby s náhradou nákladů řízení druhou stranou. Tvrdí, že k žádné diskriminaci nedochází.

13. Soud prvního stupně žalobu zamítl, přičemž vycházel z toho, že v případě právní úpravy Velkého pátku se jedná o věcně oprávněné rozdílné zacházení s rozdílnými situacemi.

14. Odvolací soud vyhověl odvolání žalobce a rozsudek soudu prvního stupně změnil v tom smyslu, že žalobním návrhům vyhověl. Vycházel z toho, že vnitrostátní předpisy, které v souvislosti s Velkým pátkem stanoví rozdílné zacházení, jsou v rozporu s článkem 21 Listiny, který je přímo použitelný. Jedná se podle něj o přímou diskriminaci dotčených zaměstnanců na základě náboženského vyznání, která není odůvodněna. Velký pátek nesmí být tudíž jako svátek vyhrazen jen určitým skupinám zaměstnanců, z čehož vyplývá, že žalobce, který na Velký pátek dne 3. dubna 2015 pracoval, má rovněž nárok na náhradu.

15. Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud) má nyní rozhodnout o opravném prostředku „Revision“, který proti rozhodnutí vydanému v odvolacím řízení podala žalovaná, jímž navrhuje, aby byl potvrzen rozsudek soudu prvního stupně, kterým byla žaloba zamítnuta. Uvedený soud se rozhodl přerušit řízení a předložit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

- „1) Má být unijní právo, zejména článek 21 Listiny základních práv ve spojení s článkem 1 a čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78/ES, vykládáno v tom smyslu, že ve sporu mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem v soukromoprávním pracovním poměru odporuje vnitrostátní právní úpravě, podle níž je i Velký pátek svátkem s nepřerušovanou dobou pracovního klidu v délce nejméně 24 hodiny, avšak pouze pro příslušníky evangelických církví augsburského a helvetského vyznání, starokatolické církve a evangelicko-metodistické církve, a je-li pracovník [patřící k jedné z uvedených církví] zaměstnáván, vzniká mu kromě nároku na odměnu za práci, která ve svátek odpadla, i nárok na odměnu za práci, kterou vykonal, zatímco jiným zaměstnancům, kteří k těmto církvím nepatří, tento nárok nevzniká?
- 2) Má být unijní právo, zejména článek 21 Listiny základních práv ve spojení s čl. 2 odst. 5 směrnice 2000/78/ES, vykládáno v tom smyslu, že vnitrostátní právní úprava uvedená v první otázce, která vzhledem k celkovému počtu obyvatel, z nichž většinu tvoří příslušníci římsko-katolické církve, přiznává práva a nároky pouze poměrně malé skupině příslušníků určitých (jiných) církví, není touto směrnicí dotčena, protože se jedná o opatření, které je v demokratické společnosti nutné pro ochranu práv a svobod ostatních lidí, zejména práva na svobodu výkonu náboženského vyznání?
- 3) Má být unijní právo, zejména článek 21 Listiny základních práv ve spojení s čl. 7 odst. 1 směrnice 2000/78/ES, vykládáno v tom smyslu, že vnitrostátní právní úprava uvedená v první otázce představuje pozitivní a specifické opatření ve prospěch příslušníků církví uvedených v první otázce za účelem zajištění jejich úplné rovnosti v pracovním životě, tak aby kvůli svému náboženství nebyli znevýhodňováni nebo aby jim jejich znevýhodnění byla vynahrazena, protože jim tímto způsobem přiznává stejné právo na to, aby ve svátek, který je pro toto náboženství důležitým svátkem, mohli v pracovní době praktikovat své náboženství, tedy právo, které většině pracovníků náleží na základě jiné vnitrostátní právní úpravy, jež stanoví, že svátky, které svěťí náboženství, k němuž se hlásí většina pracovníků, jsou obecně dny pracovního klidu?
- 4) Bude-li shledáno, že se jedná o diskriminaci ve smyslu čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78/ES:

Má být unijní právo, zejména článek 21 Listiny základních práv ve spojení s článkem 1 a čl. 2 odst. 2 písm. a) a čl. 7 odst. 1 směrnice 2000/78/ES, vykládáno v tom smyslu, že dokud zákonodárce nevytvoří právní stav prostý diskriminace, musí soukromý zaměstnavatel všem zaměstnancům bez ohledu na jejich náboženskou příslušnost umožnit uplatňování práv a nároků

vztahujících se k Velkému pátku, které jsou uvedeny v první otázce, anebo vnitrostátní úpravu uvedenou v první otázce vůbec nelze použít a práva a nároky, které jsou uvedeny v první otázce, žádnému zaměstnanci na Velký pátek tudíž nepřísluší?“

16. Písemná vyjádření podali žalobce a žalovaná, rakouská, italská a polská vláda a Evropská komise. Uvedené zúčastněné strany rovněž přednesly svá ústní vyjádření na jednání, které se konalo dne 10. dubna 2018.

IV. Posouzení

A. Úvod

17. Mám za to, že přiznání placeného svátku na Velký pátek příslušníkům pouze čtyř církví spolu s náhradou v případě, že takové osoby v uvedený den pracují, zakládá diskriminaci na základě náboženského vyznání ve smyslu čl. 21 odst. 1 Listiny a přímou diskriminaci ve smyslu čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78 (první otázka položená předkládajícím soudem, jíž se zabývám v části C níže). Pro tuto diskriminaci zřejmě neexistuje žádné platné odůvodnění (druhá otázka, část D). Podle mého názoru rovněž nelze uvedené zacházení kvalifikovat jako „pozitivní činnost“ (třetí otázka, část E).

18. Podle mého názoru je v této věci složitější otázka, jaké jsou právní následky uvedeného (abstraktního) závěru o diskriminaci, učiněného na základě směrnice (která nemá horizontální přímý účinek mezi soukromými osobami) a ustanovení Listiny, ve sporu mezi soukromými osobami. Zásada přednosti vyžaduje, aby vnitrostátní právní předpis nebyl použit. Může však být buď z uvedené zásady, nebo z potenciálně horizontálně přímo účinného článku 21 odst. 1 Listiny rovněž dovozeno, že je (soukromoprávní) zaměstnavatel podle unijního práva povinen zaplatit každému, kdo pracuje na Velký pátek, bez ohledu na jeho náboženské přesvědčení, kromě jeho obvyklé mzdy také náhradu? Podle mého názoru nikoliv. Unijní právo však vyžaduje, aby měl zaměstnanec účinný prostředek nápravy, což zahrnuje možnost žaloby na náhradu škody směřující proti členskému státu (čtvrtá otázka, část F níže).

19. Před tím, než přistoupím k otázkám předkládajícího soudu v uvedeném pořadí, budu se zabývat otázkou pravomoci vznesenou italskou a polskou vládou ve vztahu k článku 17 SFEU.

B. Pravomoc Soudního dvora

20. Polská vláda ve svém písemném a ústním vyjádření tvrdila, že předpisy týkající se svátku na Velký pátek v projednávané věci jsou předpisy, které upravují vztahy mezi čtyřmi církvemi a rakouským státem. Jako takové spadají pod pojem „postavení, které podle vnitrostátního práva mají církve a náboženská sdružení či společenství“ uvedený v čl. 17 odst. 1 SFEU. Soudní dvůr proto podle ní nemá pravomoc zodpovědět otázky vznesené předkládajícím soudem. Italská vláda při ústním jednání přednesla podobnou argumentaci ve vztahu k článku 17 SFEU. Uzavřela, že Soudní dvůr by měl odpovédět na předložené otázky tak, že potvrdí výlučnou pravomoc členského státu rozhodnout o svátku nebo o přiznání náhrady pro určité náboženské skupiny.

21. Domnívám se, že uvedené argumenty musí být odmítnuty.

22. Soudní dvůr ve svém rozsudku ve věci Egenberger konstatoval, že „[č]lánek 17 SFEU vyjadřuje neutralitu Unie vůči tomu, jak členské státy organizují své vztahy s církvemi a náboženskými sdruženími nebo společenstvími“⁴. Generální advokát E. Tančev ve svém stanovisku v téže věci dále doplnil, že požadavek neutrality neznamená, že vztahy mezi církví a státem jsou zcela chráněny před jakýmkoli přezkumem souladu se základními právy EU (nebo obecněji s unijním právem) „bez ohledu na okolnosti“⁵. V rozsudku ve věci Egenberger Soudní dvůr skutečně výslovně potvrdil, že „[článek 17 SFEU] nemůže vést k tomu, že otázka dodržování kritérií stanovených v čl. 4 odst. 2 směrnice 2000/78 nebude podléhat účinnému soudnímu přezkumu“⁶.

23. Generální advokáti ve věcech Achbita a Egenberger obecněji tvrdili, že článek 17 SFEU „doplňuje a konkretizuje čl. 4 odst. 2 SEU“. Článek 4 odst. 2 SEU „[sám] o sobě nepodporuje závěr, že některé věcné oblasti či oblasti činností jsou zcela vyloučeny z oblasti působnosti směrnice 2000/78“⁷.

24. Obdobně ve věci *Congregación de Escuelas Pías de Betania*⁸, čl. 17 odst. 1 SFEU zřejmě nijak nebránil použití unijních předpisů v oblasti státní podpory na příjmy církví. Otázka článku 17 odst. 1 SFEU nebyla v rozsudku vůbec řešena⁹, přestože podstata věci mohla být vykládána tak, že se týká finančních vztahů mezi církví a státem, nebo tak, že má značný dopad na finanční poměry církví.

25. Závěr vyplývající z uvedené judikatury se zdá být poměrně jasný: čl. 17 odst. 1 SFEU potvrzuje neutralitu unijního práva, pokud jde o postavení církví, a požaduje, aby toto postavení nebylo dotčeno. Jak tomu rozumím, Evropská unie se prohlašuje za zcela neutrální, vskutku agnostickou, pokud jde o režimy členského státu (členských států) v užším smyslu: například zda se členský stát definuje jako nábožensky přísně neutrální, nebo zda členský stát fakticky má státní církev. Takto deklarovaná neutralita je důležitou *zásadou*. Nad rámec užšího smyslu může sloužit také jako *nástroj výkladu*, průřezově použitelný, jako je tomu v případě dalších hodnot a zájmů uvedených v hlavě II první části SFEU (nadepsané „Obecně použitelná ustanovení“) v jiných oblastech unijního práva: za jinak stejných okolností má být upřednostněn takový výklad unijního práva, který maximalizuje hodnoty nebo zájmy, které se odrážejí v uvedených ustanoveních.

26. Nad rámec těchto dvou dimenzí však nemůže být čl. 17 odst. 1 SFEU podle mého názoru vykládán tak, že v jeho důsledku *jakékoliv* vnitrostátní předpisy, které se vztahují na jednání státu s církvemi nebo na postavení církví, jednoduše spadají mimo oblast působnosti unijního práva. Podobně jako osvobození od daně nespádají mimo oblast působnosti unijního práva v oblasti státních podpor pouze na základě skutečnosti, že se týkají církve, nebo víno nespadá mimo oblast působnosti pravidel Smlouvy o volném pohybu zboží pouze proto, že se jedná o mešní víno, které má být použito pro liturgické účely. Jednoduše řečeno pojem „uznávat postavení“ nemůže být vykládán jako „bloková výjimka“ pro jakoukoliv záležitost, která se dotýká církve nebo náboženského společenství.

27. Proto nevím, jak by mohl být předpis, který ukládá všem zaměstnavatelům (bez ohledu na jejich víru či to, že jsou bez vyznání) povinnost poskytnout placené volno zaměstnancům, kteří jsou příslušníky čtyř církví (nebo náhradu těm členům, kteří v daný den pracují), na základě čl. 17 odst. 1 SFEU zcela chráněn před přezkumem ve světle Listiny nebo směrnice 2000/78.

4 – Rozsudek ze dne 17. dubna 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 58).

5 – Stanovisko generálního advokáta E. Tančeva ve věci Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, bod 93, viz též bod 88).

6 – Rozsudek ze dne 17. dubna 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 58).

7 – Stanovisko generální advokátky J. Kokott ve věci *G4S Secure Solutions* (C-157/15, EU:C:2016:382, bod 32), stanovisko generálního advokáta Tančeva ve věci Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, bod 95).

8 – Rozsudek ze dne 27. června 2017 (C-74/16, EU:C:2017:496).

9 – Viz však stanovisko generální advokátky J. Kokott v uvedené věci (C-74/16, EU:C:2017:135, body 29 až 33).

28. Uvedený výklad čl. 17 odst. 1 SFEU dále podporuje skutečnost, že čl. 17 odst. 2 SFEU poskytuje analogickou záruku neutrality ve vztahu k postavení nekonfesních organizací. Vzhledem k tomu, že Evropská unie se v čl. 17 odst. 2 SFEU zavazuje „stejným způsobem uznávat“ postavení takových organizací, pak by jakákoliv „výjimka“ hypoteticky přiznaná církvím a náboženským sdružením či společenstvím byla bezprostředně použitelná na jakékoli nekonfesní organizace (které nejsou vůbec definovány a definice je ponechána právu členských států). Článek 17 odst. 2 tedy dále podtrhuje skutečnost, že záměrem jasně nemohlo být vynětí jakýchkoli vztahů, ať už přímých či nepřímých, mezi členskými státy a uvedenými organizacemi z oblasti působnosti unijního práva.

29. Ve světle výše uvedeného navrhuji, aby Soudní dvůr odmítl argumenty italské a polské vlády, že Soudní dvůr nemá pravomoc zodpovědět předložené otázky a že věc spadá mimo oblast pravomoci Evropské unie.

C. První otázka

30. Svou první otázkou se předkládající soud v podstatě táže, zda čl. 21 odst. 1 Listiny a čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78 odporuje vnitrostátní právní úpravě, podle níž je Velký pátek placeným svátkem pouze pro příslušníky čtyř církví, a která přiznává náhradu v případě, že uvedený příslušník v daný den pracuje.

31. Mám za to, že taková právní úprava zakládá diskriminaci ve smyslu uvedených ustanovení.

32. Přímá diskriminace je obecně dána v případě, kdy se s jednou osobou i) zachází méně příznivě ii) než s jinou osobou ve srovnatelné situaci iii) na základě jednoho z chráněných důvodů (v této věci náboženského vyznání) iv) bez jakéhokoli věcného odůvodnění takového rozdílného zacházení¹⁰.

33. Otázka případného odůvodnění podle písm. iv) je předmětem druhé otázky předkládajícího soudu (část D níže).

34. Pokud jde o písm. i) a iii), je podle mého názoru jasné, že v projednávané věci existuje méně příznivé zacházení z důvodu náboženského vyznání. Méně příznivé zacházení spočívá v tom, že zaměstnanci, kteří nejsou příslušníky čtyř uvedených církví, dostávají za práci na Velký pátek obvyklou či „jedinou“ mzdu, zatímco příslušníci čtyř uvedených církví fakticky dostávají dvojnásobek mzdy. Uvědomuji si však, že žalobce v dané věci neargumentuje tím, že odepření placeného volna na Velký pátek každému, kdo není členem některé ze čtyř církví, je rovněž méně příznivým zacházením na základě náboženského vyznání¹¹.

35. Složitější otázkou v projednávané věci je poslední prvek posouzení diskriminace, kterým je srovnatelnost. Ta vyžaduje dvojí objasnění. Zaprvé kdo je srovnáván: jednotlivci, nebo skupiny osob (2)? Zadruhé jaké relevantní vlastnosti se pak srovnávají? Na jaké úrovni abstrakce má být srovnání provedeno (3)?

36. Před tím, než se budu těmito body podrobně zabývat, jsou nezbytná tři úvodní vysvětlení k parametrům mé analýzy (1).

10 – V nedávné době viz například rozsudky ze dne 5. července 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, body 29 až 31) a ze dne 12. prosince 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, bod 31), přirozeně s tím rozdílem, že v kontextu Listiny musí být jakékoli takové odůvodnění v souladu s čl. 52 odst. 1 Listiny, zatímco v kontextu směrnice 2000/78 „musí být v souladu s čl. 2 odst. 5 uvedené směrnice.

11 – Pojednávám o rozdílech mezi těmito dvěma plněními níže v bodech 40 až 44 a bodech 82 až 86.

1. Parametry analýzy: typ přezkumu, použitelné právo a přesná povaha dotčené výhody

37. Zprvce první a čtvrtá otázka předkládajícího soudu mají dvě roviny. První rovina se týká *abstraktního* posouzení slučitelnosti, kdy předkládající soud požaduje přezkum slučitelnosti vnitrostátního předpisu s čl. 21 odst. 1 Listiny ve spojení s čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78. Druhou rovinou, zmíněnou předkládajícím soudem v jeho první otázce a následně plně vyjádřenou ve čtvrté otázce, je skutečnost, že se původní věc týká sporu mezi soukromými osobami. Jaký by pak byl v uvedeném typu vztahu *skutečný* důsledek případného závěru, že právní úprava členského státu, jak byla popsána v předkládacím rozhodnutí, je neslučitelná s právem EU?

38. V tomto stanovisku se uvedenými dvěma rovinami zabývám odděleně. Skutečnost, že jsou opravdu propojené, byla příčinou značného zmatku v tomto řízení, jak pokud jde o prostředky nápravy, tak pokud jde o srovnatelnost. Proto je mnou navrhovaná odpověď na první otázku předkládajícího soudu, obsažená v této části B, obecná a zabývá se pouze (abstraktním) přezkumem slučitelnosti předpisů. Důsledky takového případného závěru pro konkrétní individuální věc jsou rozebrány v oddílu věnovanému čtvrté otázce (část F).

39. Zadruhé je s tímto bodem spojena otázka použitelného práva. Když byl Soudní dvůr v minulosti dotázán, zda ustanovení vnitrostátního práva odporuje článku 21 odst. 1 Listiny a článku 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78, posuzoval slučitelnost s uvedeným ustanovením směrnice a účinně rozšířil totéž posouzení na čl. 21 odst. 1 Listiny¹². Oba zdroje unijního práva jsou skutečně jasně použitelné na otázku abstraktního přezkumu slučitelnosti¹³. Z těchto důvodů budou oba paralelně zohledněny při zodpovídání první až třetí otázky předkládajícího soudu. Situace se naopak stává poněkud složitější, pokud jde o odpověď na čtvrtou otázku.

40. Zatřetí posouzení diskriminace musí být provedeno „s ohledem na dotčnou dávku“¹⁴. V projednávané věci jsou příslušníkům čtyř církví poskytovány různé „dávky“ (a nejsou poskytovány těm, kteří do uvedené skupiny nepatří), a to a) placené volno a b) náhrada v případě, že takový příslušník církve v tento den pracuje.

41. Mám za to, že pro rozhodnutí této věci je nutné se zabývat pouze konkrétně tvrzenou diskriminační povahou náhrady. Z popisu skutkových okolností v žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce skutečně vyplývá, že žalobce se v původním řízení před vnitrostátními soudy nedomáhá *placeného volna na Velký pátek*. Spíše se domáhá *náhrady* za to, že v uvedený den pracoval.

42. Proto je méně příznivým zacházením¹⁵, na něž si žalobce stěžuje a ve vztahu k němuž musí být provedeno posouzení diskriminace, konkrétně nezaplacení náhrady. Takto také chápu první otázku předkládajícího soudu, která konkrétně odkazuje společně na ustanovení § 7 odst. 3 a § 9 odst. 5 zákona o době odpočinku (které stanoví dvojnásobek mzdy pro zaměstnance, kteří pracují ve svátek) a nikoliv na ustanovení § 7 odst. 3 a § 9 odst. 1 zákona o době odpočinku (které stanoví právo na mzdu, i pokud zaměstnanec ve svátek nepracoval).

43. Zcela chápu, že všechna tato ustanovení jsou ve vnitrostátním právu propojena. Jakmile je nějaký den prohlášen za svátek podle vnitrostátního práva, použije se celý režim svátků včetně práva dostat mzdu za daný den, i když zaměstnanec nepracuje, i práva dostat dvojnásobek mzdy, pokud zaměstnanec v uvedený den pracuje (náhradu). To je však přesně součástí problému: pokud byly určité dávky nebo nároky vnitrostátním právem spojeny s tímž odůvodněním, je poměrně těžké je rozdělit a ignorovat plné důsledky vnitrostátního práva spojené s jejich působením.

12 – V nedávné době například rozsudek ze dne 19. července 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, body 16 až 18 a 47).

13 – K podrobnostem viz mé stanovisko ve věci Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:235, body 20 až 36).

14 – Rozsudek ze dne 19. července 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, bod 25). Viz též rozsudek ze dne 1. října 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 32).

15 – Ve smyslu kroku i) testu diskriminace uvedeného v bodu 32.

44. Pro úplnost se nicméně k otázce placeného volna vrátím na konci této části¹⁶.

2. *Koho srovnávat: jednotlivce, nebo skupiny?*

45. Žalobce, žalovaná, rakouská vláda a Komise v podstatě navrhli stejné skupiny, které mají být srovnávány, tedy i) příslušníci uvedených čtyř církví a ii) žalobce *jakožto osoba, která není příslušníkem čtyř uvedených církví*.

46. Kromě této základní shody se však začínají objevovat rozdíly. Zejména byly vyjádřeny rozdílné názory, pokud jde o otázku, zda by měl být srovnáván jednotlivý žalobce jakožto jednatel, nebo žalobce jakožto zástupce skupiny.

47. Komise ve svém písemném vyjádření nejdříve srovnává žalobce s příslušníky čtyř uvedených církví. Pokračuje tím, že srovnává hypotetické skupiny jiných pracovníků v Rakousku s příslušníky čtyř uvedených církví a uvádí, že je na vnitrostátním soudu, aby určil, zda vnitrostátní právní řád vede v těchto případech k diskriminaci. Jiní účastníci rovněž rozšiřují srovnání i na další osoby kromě žalobce. Například žalovaná srovnává příslušníky čtyř uvedených církví s „většinou“ zaměstnanců, kteří mohou praktikovat své náboženské vyznání (pokud nějaké mají) o již uznaných svátcích.

48. Komise má dále za to, že přiznání placeného volna členům čtyř uvedených církví *nezakládá* diskriminaci žalobce, o němž Komise předpokládá, že je ateista. Žalobcovo vyznání ve skutečnosti nikdy nebylo výslovně před tímto Soudním dvorem potvrzeno, kromě toho, že v tomto směru bylo uvedeno, že žalobce není příslušníkem žádné ze čtyř uvedených církví.

49. Odůvodnění Komise zdůrazňuje jednu zajímavou věc. Komise se odklání od přezkumu slučitelnosti vnitrostátních opatření, která byla popsána v předkládacím rozhodnutí, s unijním právem a posuzuje konkrétní případ žalobce. Tímto přispívá ke zdůraznění již nadneseného problému¹⁷: otázka existence diskriminačního opatření odporujícího unijnímu právu (která je předmětem první otázky předkládajícího soudu a předmětem obecného, abstraktního přezkumu slučitelnosti) je otázkou, která by měla být raději oddělena od otázky důsledků jakékoliv takové legislativní diskriminace v jednotlivém případě (která je předmětem čtvrté otázky)¹⁸.

50. Uvedená logika nachází systematickou podporu ve věcech, v nichž byl Soudní dvůr požádán, aby posoudil případy legislativní diskriminace. Judikatura rozlišuje mezi „diskriminací, která má svůj původ přímo v ustanoveních právních předpisů nebo v kolektivních smlouvách“ a diskriminací ze strany zaměstnavatele „v rámci podniku“. Jinými slovy rozlišuje mezi diskriminací, která vychází od *zákonodárné moci*, na jedné straně a diskriminací, která vychází od *zaměstnavatele* na straně druhé¹⁹.

51. V projednávané věci má údajná diskriminace svůj původ v *ustanoveních právních předpisů* a Soudní dvůr je žádán, aby posoudil slučitelnost takových ustanovení s unijním právem. V takové situaci Soudní dvůr při srovnání účinně používá jako výchozí bod posouzení skupiny definované v právní úpravě. Skutečnost, že je konkrétní žalobce příslušníkem takové skupiny, je samozřejmě relevantní pro určení jedné ze skupin, které budou srovnávány. Konkrétní situace takového žalobce

16 – V bodech 82 až 86 níže.

17 – Body 37 a 38 tohoto stanoviska výše.

18 – V tomto ohledu viz věc Feryn, kde byla zdrojem diskriminace náborová politika zaměstnavatele vůči osobám cizího původu a kde bylo rozhodnuto, že k tomu, aby byla dovozena existence diskriminace, *není nutné určit oběť* [rozsudek ze dne 10. července 2008 (C-54/07, EU:C:2008:397, bod 40)].

19 – Viz například rozsudky ze dne 8. dubna 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, bod 40) a ze dne 17. září 2002, Lawrence a další (C-320/00, EU:C:2002:498, bod 17).

může rovněž ilustrovat účinné fungování obecných právních předpisů posuzovaných v jednotlivých případech. Nicméně zůstává pravdou, že při jakémkoli takovém abstraktním přezkumu diskriminace, která má svůj původ v právních předpisech, to budou skupiny osob, které tvoří rámec pro přezkum srovnatelnosti a budou srovnávány, a nikoliv jednotlivci.

52. Tak tomu bylo například v případě rozsudků ve věcech Mangold a Küçükdeveci týkajících se diskriminace na základě věku²⁰. Žalobci v uvedených věcech tvrdili, že byli diskriminováni na základě svého věku. Vnitrostátní pracovní právo poskytovalo *lidem v jejich věkových skupinách* menší ochranu než *jiným věkovým skupinám*. Jejich zaměstnavatelé použili na žalobce uvedené nižší standardy. Soudní dvůr rozhodl, že taková *vnitrostátní právní úprava* je diskriminační a odporuje unijnímu právu. Přitom nesrovnával situaci každého z žalobců se situací jejich spolupracovníků. Místo toho bylo prakticky provedeno srovnání zacházení se znevýhodněnou věkovou skupinou a zacházení se zvýhodněnými věkovými skupinami (jinými slovy skupinami abstraktně definovanými v napadené právní úpravě)²¹.

53. Přístup Soudního dvora v uvedených věcech potvrzuje skutečnost, že právní posouzení je svou povahou jasně abstraktním, obecným *přezkumem slučitelnosti* vnitrostátní právní úpravy s unijním právem spíše než zkoumáním diskriminace mezi žalobcem a jeho spolupracovníky, již se konkrétně dopustil jednotlivý žalovaný zaměstnavatel²².

54. Podle mého názoru je důležité mít tyto body v projednávané věci na paměti. Je tomu tak proto, že kromě otázky slučitelnosti se předkládající soud konkrétně v jeho čtvrté otázce táže, jak napravit diskriminaci za konkrétních a praktických podmínek. Díky této otázce se do popředí dostává otázka „zdroje“ diskriminace, stejně jako otázka, jaký subjekt je „za nerovnost odpovědný a který by mohl obnovit rovnost“²³.

3. Jaké skupiny: jaké vlastnosti se použijí jako základ pro srovnání

55. Jak již bylo uvedeno, většina zúčastněných stran, které předložily svá vyjádření, se tázala, zda je žalobce v obdobné situaci jako příslušníci čtyř uvedených církví. Uvedené srovnání však bylo provedeno s odkazem na jiné vlastnosti, ve vztahu k jinému srovnávacímu bodu. Tento rozdíl pak vytváří různou množinu srovnatelných skupin.

56. Široce řečeno účastníci navrhují tři alternativy v závislosti na zvolené úrovni abstrakce:

- i) zaměstnanci, pro něž je Velký pátek nejdůležitější náboženský svátek v roce (dále jen „úzký srovnávací ukazatel“, v zásadě postoj rakouské vlády a žalované). Za použití uvedeného úzkého srovnávacího ukazatele a na základě vyjádření žalobce při jednání by žalobce nebyl v obdobné situaci jako příslušníci čtyř uvedených církví. To by vylučovalo jakoukoliv srovnatelnost a znamenalo, že diskriminace není dána;

20 – Rozsudky ze dne 22. listopadu 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709) a ze dne 19. ledna 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

21 – Ve věcech Mangold i Küçükdeveci (a v projednávané věci) byl žalobce příslušníkem znevýhodněné skupiny. Pro obdobný přístup, avšak s nižší mírou jistoty, zda je dotčené opatření skutečně (pouze) ve prospěch či (pouze) v neprospěch dané skupiny, viz rozsudek ze dne 19. července 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

22 – To je v protikladu k přístupu ve věcech, kdy diskriminace pochází od zaměstnavatele. V mnoha věcech je pro účely provedení vůbec nějakého srovnání nezbytné určit konkrétní skupiny spolupracovníků, s nimiž je zacházeno příznivěji. V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 17. září 2002, Lawrence a další (C-320/00, EU:C:2002:498) a ze dne 13. ledna 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18).

23 – Rozsudky ze dne 17. září 2002, Lawrence a další (C-320/00, EU:C:2002:498, body 17 a 18) a ze dne 13. ledna 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, body 45 a 46). Tento rozdíl má jasný dopad na otázku dostupných prostředků nápravy, která je podrobně rozebírána níže v bodech 172 až 196.

- ii) zaměstnanci, pro něž je „obzvlášť významný“ jiný (náboženský) svátek, než jakýkoliv jiný svátek již uznávaný podle vnitrostátního práva (dále jen „střední srovnávací ukazatel“, v zásadě postoj Komise). Na základě uvedeného srovnávacího ukazatele není jasné, zda by byl žalobce v obdobné situaci jako příslušníci čtyř uvedených církví, jelikož jeho náboženské vyznání není známo. To by nakonec byla skutková otázka pro vnitrostátní soud;
- iii) zaměstnanci pracující na Velký pátek, kteří jsou odlišováni od ostatních zaměstnanců na základě náboženského vyznání ve vztahu k odměně za uvedený den (dále jen „široký srovnávací ukazatel“, v zásadě postoj žalobce v projednávané věci). Na základě tohoto srovnávacího ukazatele by žalobce byl v obdobné situaci jako příslušníci čtyř uvedených církví pracující na Velký pátek. To by v zásadě znamenalo, že je dána diskriminace.

57. Před tím, než se budu zabývat příslušným srovnávacím ukazatelem v projednávané věci, je třeba se vypořádat s jedním širším aspektem. Soudní dvůr se ve svých písemných dotazech zasláných účastníkům v projednávané věci tázal, zda je ze zásady možné výslovně odmítnout srovnatelnost na základě podezřelého důvodu konkrétně uvedeného v čl. 21 odst. 1 Listiny a v článku 1 směrnice 2000/78 (v tomto případě náboženského vyznání).

58. V případech týkajících se rozdílného zacházení přímo spojeného se samotným podezřelým důvodem Soudní dvůr důsledně dovozuje, že je diskriminace dána²⁴. Pokud se Soudní dvůr v takovém kontextu vůbec zabývá argumenty týkajícími se neporovnatelnosti, obecně se s nimi vypořádá stručně²⁵.

59. Nemyslím si však, že je možné abstraktně potvrdit, že se rozdílné zacházení založené na podezřelém důvodu *musí ve všech případech* rovnat přímé diskriminaci²⁶. Nelze zcela vyloučit možnost, že podezřelý důvod může sám o sobě sloužit k odmítnutí srovnatelnosti²⁷.

60. Mám dojem, že tak jako v mnoha jiných věcech bude háček v úrovni podrobnosti, s níž bude formulován důvod pro rozlišování. Podezřelý důvod je vždy abstraktní (například zákaz diskriminace na základě náboženského vyznání). Právní předpisy, které stanoví rámec srovnatelnosti v jednotlivých případech, jsou však nevyhnutelně podrobnější a často zohledňují další zájmy a důvody (jako například právní předpisy o svátcích a odměňování). V praxi tak budou jak podezřelý důvod, tak rámec srovnatelnosti formulovány na úplně stejné úrovni abstrakce a budou mít úplně stejnou oblast působnosti spíše zřídka.

61. Výše citovaná judikatura však jasně potvrzuje, že v případě, kdy je uvedeným způsobem použit podezřelý důvod, rozblíká se metaforická červená kontrolka. Závěr o nesrovnatelnosti je výjimečný. Pokud se nejedná o jasný a přesvědčivý případ, kdy jsou dotčené skupiny tak zásadně rozdílné, že není potřeba další diskuze o nutnosti nebo přiměřenosti opatření, je třeba se s rozdílným zacházením vypořádat na úrovni „odůvodnění“, nikoliv „(ne)srovnatelnosti“.

24 – Rozsudky ze dne 8. listopadu 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, body 12 a 17), ze dne 8. listopadu 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, bod 13), ze dne 27. února 2003, Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, bod 39) a ze dne 1. dubna 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, bod 72). Je tomu tak jistě v případě, kdy je rozdílné zacházení výslovně založeno na podezřelém důvodu [například rozsudek ze dne 5. července 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, body 32 až 34)]. Pouhý odkaz na podezřelý důvod v opatření však sám o sobě nestačí k závěru, že je dána přímá diskriminace (viz rozsudky ze dne 14. března 2017, Bougnaoui a ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204, bod 32) a ze dne 14. března 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203, bod 30)). Soudní dvůr zaujal obdobný přístup v případě, kdy je podezřelý důvod motivací rozdílného zacházení (viz například rozsudek ze dne 16. července 2015, ČEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, bod 91)), nebo kdy se rozdílné zacházení v praxi dotýká pouze skupiny, která je určena na základě podezřelého důvodu [například rozsudek ze dne 20. září 2007, Kiiski (C-116/06, EU:C:2007:536, bod 55)].

25 – Viz například rozsudek ze dne 19. července 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, body 25 až 28). Nicméně jako příklad věci, kde byla srovnatelnost odmítnuta, viz rozsudek ze dne 1. října 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 – Pro jiný názor viz stanovisko generální advokátky E. Sharpston ve věci Bressol a další (C-73/08, EU:C:2009:396, bod 55).

27 – Rozsudek ze dne 1. října 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 40).

62. Uvedený přesah mezi otázkou srovnatelnosti a otázkou odůvodnění, který činí současný rámec pro posouzení diskriminace vnitřně tranzitivním, je zjevný rovněž v projednávané věci. Posouzení diskriminace je formálně rozděleno do různých fází: zkoumání existence srovnatelných situací, rozdílného zacházení s uvedenými skupinami, a je-li zjištěno, že je dána diskriminace (rozdílné zacházení ve srovnatelných situacích), zkoumání odůvodnění. Všechny tyto fáze však zahrnují podobné otázky ohledně rozsahu a významu rozdílné situace a rozdílného zacházení. Pokud je rozdílnost situace považována za dostatečně významnou (s ohledem na povahu a rozsah rozdílného zacházení v praxi), nebude srovnatelnost dána. Pokud naopak není rozdílnost situace považována za dostatečně významnou (závěr, jehož je snazší dosáhnout, pokud se rozdílné zacházení na první pohled zdá být poněkud „za hranou“), pak je dána srovnatelnost a rozdílné zacházení a přezkum se přesouvá k odůvodnění. V kontextu posouzení odůvodnění je v podstatě otázkou, zda může rozdílné zacházení navzdory právně srovnatelným situacím vhodně a spravedlivě odrážet faktické rozdíly v uvedených situacích.

63. S ohledem na výše uvedené nyní přistoupím k otázce příslušného srovnávacího ukazatele v projednávané věci.

4. Příslušný srovnávací ukazatel v projednávané věci

64. Podle ustálené judikatury „[p]ožadavek na srovnatelnost situací za účelem určení existence porušení zásady rovného zacházení musí být posouzen zejména s ohledem na všechny prvky, které je charakterizují“²⁸. Přezkum srovnatelnosti musí být dále proveden s ohledem na cíl sledovaný dotčenými ustanoveními vnitrostátního práva²⁹.

65. V projednávané věci rakouská vláda uvedla, že Velký pátek je nejdůležitějším náboženským dnem pro příslušníky čtyř uvedených církví. *Cílem* dotčených vnitrostátních právních předpisů je umožnit takovým osobám účast na náboženských obřadech v uvedený den a tak respektovat jejich náboženskou svobodu.

66. Judikatura rovněž požaduje, aby byl přezkum srovnatelnosti proveden nikoli globálním a abstraktním způsobem, nýbrž specifickým způsobem „s ohledem na dotčnou dávku“³⁰.

67. Jak již bylo uvedeno³¹, dotčnou dávkou v projednávané věci není volno na Velký pátek, nýbrž náhrada. S ohledem na uvedenou dávku mám za to, že správný je široký srovnávací ukazatel.

68. V důsledku dávky v podobě náhrady je vybraná skupina jednotlivců pracujících na Velký pátek odměňována dvakrát, konkrétně kvůli jejich náboženskému vyznání. Ostatním osobám pracujícím v uvedený den je vyplácena jejich obvyklá mzda navzdory skutečnosti, že mohou vykonávat úplně stejnou práci. Mezi uvedenými skupinami neexistuje s ohledem na uvedenou dávku žádný relevantní rozlišovací znak. Výše odměny a víra spolu v zásadě nesouvisí.

28 – Rozsudek ze dne 1. října 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 31).

29 – Rozsudek ze dne 1. října 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 33).

30 – Rozsudky ze dne 1. dubna 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, bod 42), ze dne 10. května 2011, Römer (C 147/08, EU:C:2011:286, bod 42); ze dne 12. prosince 2013, Hay (C 267/12, EU:C:2013:823, bod 33) a ze dne 1. října 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 32).

31 – Body 40 až 43 výše.

69. Tento závěr není podle mého názoru dotčen uvedeným cílem vnitrostátního právního předpisu, kterým je ochrana svobody náboženského vyznání a přesvědčení. Zkrátka nechápu, jak poskytnutí dvojnásobku mzdy konkrétní, nábožensky definované skupině zaměstnanců v určitý den souvisí s uvedeným cílem. Samozřejmě lze namítat (nepochybně nikoliv bez špetky cynismu), že právo na dvojnásobek mzdy pro příslušníky čtyř uvedených církví, kteří pracují na Velký pátek, představuje ekonomickou pobídku pro to, aby uvedení zaměstnanci své náboženské vyznání v daný den *nepraktikovali*.

70. Lze odpovědět, že příslušníci čtyř uvedených církví, kteří pracují na Velký pátek, jsou ve skutečnosti v rozdílné situaci, protože jsou obzvlášť dotčeni tím, že v uvedený den pracují. V tomto ohledu rozumím, že existují některé zvláštní sektory, kde zaměstnavatelé mohou požadovat, aby na Velký pátek pracovali dokonce i příslušníci čtyř uvedených církví. Jak však bylo uvedeno výše, relevantní otázkou zde podle judikatury Soudního dvora je, zda jsou situace srovnatelné s ohledem na *cíl* vnitrostátní právní úpravy (kterým je, jak rozumím, ochrana svobody náboženského vyznání, nikoliv náhrada za údajné porušení svobody náboženského vyznání) a *konkrétní dávky*. Kromě toho také připomínám, že § 9 odst. 5 zákona o době odpočinku stanoví náhradu pro zaměstnance, kteří ve svátek pracují, *bez ohledu na to, zda je svátek uznán z náboženských důvodů*.

71. Z výše uvedených důvodů jsem toho názoru, že ve světle dávky v podobě náhrady a s ohledem na cíl relevantních ustanovení vnitrostátního práva jsou všichni zaměstnanci, kteří pracují na Velký pátek, kteří jsou ve vztahu k odměně za uvedený den rozlišováni na základě náboženského vyznání, srovnatelní.

72. Rád bych doplnil některé další poznámky k otázce srovnatelnosti.

73. Zaprvé, abych byl správně pochopen, samozřejmě nezpochybňuji zvláštní význam Velkého pátku pro příslušníky čtyř uvedených církví. Tímto konkrétním znakem se jasně odlišují od jednotlivců, pro něž Velký pátek takový význam nemá. Avšak podle mého názoru má tato vlastnost různý význam pro různé typy opatření: přiznání volna v uvedený den, přiznání volna, které se však strhává z dovolené za kalendářní rok, přiznání volna a další úhrada některým osobám za to, že v uvedený den pracují. V projednávané věci je dotčenou dávkou dávka ve formě náhrady. S ohledem na uvedenou dávku nemusejí být příslušníci čtyř uvedených církví, kteří na Velký pátek pracují, v *totožné* situaci jako ostatní zaměstnanci, ale význam jejich náboženského vyznání jejich situace jistě nečiní nesrovnatelnými³².

74. Zadruhé výchozím bodem přezkumu srovnatelnosti v unijním právu jsou cíle a kategorie stanovené ve vnitrostátním právu. Uvedené cíle a kategorie však nemohou být samy o sobě rozhodující a řídící. Jak už jsem uvedl v jiné věci³³, kdyby tomu bylo jinak a otázka srovnatelnosti by byla dopředu intelektuálně determinována kategoriemi stanovenými vnitrostátními právními předpisy, pak by samotná vnitrostátní právní úprava svou oblastí působnosti sama definovala soubor možných srovnání. Takové posouzení by se nevyhnutelně točilo v kruhu, bez možnosti skutečného přezkoumání.

75. V projednávané věci je váha přezkumu srovnatelnosti cílů a kategorií založených ve vnitrostátním právu podle mého názoru značně snížena zejména nesouladem mezi deklarovaným cílem ochrany práva na výkon náboženského vyznání na Velký pátek a zvýšenou ekonomickou odměnou za práci v tento den.

32 – Rozsudek ze dne 19. července 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, bod 25).

33 – Viz mé stanovisko ve věci MB (C-451/16, EU:C:2017:937, bod 47).

76. Zatřetí vnitrostátní právní úprava v projednávané věci je podle všeho specificky koncipovaná. Stanoví cíle a definuje kategorie, které vyčleňují jednotlivce náležející ke konkrétní (a v rámci celkové rakouské populace zjevně poněkud malé)³⁴ křesťanské skupině k určitému zacházení. To je samo o sobě důvodem pro obezřetnost. Avšak za předpokladu, že uvedené velmi konkrétní vlastnosti mají skutečně takovou relevanci a význam, že díky nim nejsou situace příslušníků oněch čtyř církví srovnatelné, naznačovalo by to, že příslušníci jiných náboženských skupin pravděpodobně budou mít rovněž relevantní vlastnosti, které je odlišují od všech ostatních.

77. Diskriminace spočívá nejen v rozdílném zacházení se stejnými případy, ale také ve stejném zacházení s objektivně odlišnými situacemi. Pokud se má za to, že příslušníci čtyř uvedených církví mají relevantní odlišující vlastnosti, pak musí být v zásadě individuálně posouzeno každé náboženské vyznání, aby bylo určeno, jaké rozdílné zacházení uplatnit na příslušníky příslušného náboženského vyznání, pokud jde o dodatečné (placené) svátky a náhrady³⁵. To ale zkrátka není postoj zaujímaný rakouským státem. V písemných a ústních vyjádřeních rakouské vlády bylo potvrzeno, že existuje kolektivní smlouva, která přiznává volno příslušníkům židovské víry na jom kipur, která se zjevně použije pouze v některých sektorech vnitrostátního hospodářství. Každopádně se jedná pouze o jedno náboženské vyznání vyčleněné k uvedenému zacházení³⁶.

78. Posledně uvedený důvod je konečně také dalším argumentem, proč nelze použít „úzký srovnávací ukazatel“, jak navrhovala rakouská vláda a žalovaná. I kdybychom přijali skutečnost, že pouze příslušníci čtyř uvedených církví mají objektivní potřebu praktikovat své náboženské vyznání na Velký pátek, díky čemuž je nemožné je srovnávat s jakoukoliv jinou náboženskou skupinou (protože žádná z nich by patrně neměla stejnou potřebu své náboženské vyznání praktikovat v tento zvláštní den) a odhlédli od skutečnosti, že náhrada spíše od dodržování svátku odrazuje, než by je podporovala, jasně vzniká problém se *selektivností* opatření, který posouvá otázku diskriminace o stupeň výš. Co ostatní náboženské skupiny a společenství, které také mají vysoce náboženské obřady, které se neodrážejí v seznamu stávajících svátků zachyceném v § 7 odst. 1 zákona o době odpočinku?

79. Vycházíme-li z uvedené logiky (ne)srovnatelnosti do veškerých jejích důsledků, žádná z uvedených skupin by nebyla srovnatelná s jakoukoliv jinou skupinou, jelikož mají objektivní potřebu dodržovat jiné náboženské svátky. Znamenalo by to také, že vnitrostátní zákonodárce může stanovit svátky (patrně také s různou dobou trvání?) pouze pro některé skupiny a odepřít je jiným, případně ve spojení s různou výší mzdy?

80. Ze všech uvedených důvodů je můj závěr takový, že společné použití ustanovení, jako jsou § 7 odst. 3 a § 9 odst. 5 zákona o době odpočinku, má za následek, že s žalobcem je zacházeno méně příznivě než s příslušníky čtyř uvedených církví, kteří, když pracují na Velký pátek, dostanou dvojitou mzdu. Důvod rozdílného zacházení je přímo spojen s náboženským vyznáním³⁷.

34 – V písemném a ústním vyjádření rakouské vlády bylo vysvětleno, že historicky byli příslušníci čtyř uvedených církví v Rakousku menšina, která na rozdíl od katolické většiny neměla svátek v jejich nejdůležitější náboženský den. V době, kdy byl § 7 odst. 3 přijat do právního řádu, možná příslušníci čtyř uvedených církví představovali většinu nekatolické populace. Jak však bylo potvrzeno v žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, nepředstavují veškerou nekatolickou populaci v Rakousku, která zahrnuje i jiné víry.

35 – Jako příklad stejného zacházení se situacemi, které mohou být nicméně z náboženských důvodů rozlišeny, viz rozsudek Evropského soudu pro lidská práva (velkého senátu) ze dne 6. dubna 2000, Thlimmenos v. Řecko (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

36 – Viz například rozsudek ze dne 1. října 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 38). V uvedené věci Soudní dvůr posuzoval srovnatelnost „mladých žáků“ studujících na univerzitě či škole a ostatních pracovníků. Soudní dvůr konstatoval, že uvedené skupiny nejsou srovnatelné. Přitom zohlednil cíle vnitrostátní právní úpravy, ale zjevně bral ohled i na soudržnost argumentace a zacházení s jinými skupinami.

37 – V tomto smyslu viz stanovisko generální advokátky J. Kokott ve věci G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, bod 43).

81. Podle mého názoru není relevantní, že znění § 9 odst. 5 zákona o době odpočinku je ve skutečnosti zjevně neutrální, jelikož z žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce jasně vyplývá, že právo na náhradu podle uvedeného ustanovení je založeno ustanovením § 7 odst. 3 uvedeného zákona. Ustanovení § 7 odst. 3 zákona o době odpočinku není neutrální, nýbrž výslovně rozlišuje na základě náboženského vyznání. Výsledné rozdílné zacházení představuje diskriminaci ve smyslu čl. 21 odst. 1 Listiny a přímou diskriminaci ve smyslu čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78.

5. *Dávka ve formě placeného volna*

82. Výše uvedené posouzení se soustředí na otázku diskriminace s ohledem na dávku ve formě náhrady. V předchozí části tohoto stanoviska jsem se snažil vysvětlit, proč by tato dávka, která je ostatně tím, o co se jedná v původním řízení, měla být brána v úvahu pro účely srovnatelnosti. Pro úplnost se budu stručně zabývat dávkou v podobě placeného volna a tím, jak by případný důraz na uvedenou dávku změnil rámec srovnatelnosti.

83. Již jsem uvedl, že význam Velkého pátku pro příslušníky čtyř uvedených církví má v kontextu přezkumu srovnatelnosti jinou váhu, je-li použit na jiné dávky³⁸. Přiznání (neplaceného) volna v uvedený den je jistě více v souladu s uvedeným cílem ochrany svobody náboženského vyznání než náhrada. Požadavek *odměňování* zaměstnanců, kteří na Velký pátek nepracují za účelem výkonu náboženského vyznání, se poněkud odklání od přesného cíle vyjádřeného rakouskou vládou, avšak pravděpodobně zůstává s původním cílem v užším spojení než náhrada³⁹.

84. Uvedené úvahy mě vedou k závěru, že pokud by dotčenou dávkou byla pouze dávka ve formě placeného volna, existují přesvědčivé důvody pro použití středního srovnávacího ukazatele, jak prosazovala Komise.

85. Opět však zůstává skutečností, že to, co žalobce v původním řízení požaduje, není placené volno na Velký pátek. Ani nepožaduje, aby bylo uznáno, že jakýkoliv jiný zvláštní den spadá do stejného režimu, a bylo tak zohledněno jeho zvláštní a odlišné náboženské přesvědčení. Požaduje náhradu za práci na Velký pátek, a tedy odstranění diskriminace v oblasti odměňování na základě náboženského vyznání.

86. Při plném vědomí celkového účelu opatření, jakož i skutečnosti, že placené volno a náhrada jsou v podstatě dvě strany jedné mince, tedy nemůže být střední srovnávací ukazatel, jak byl navržen Komisí⁴⁰, rozhodující pro účely projednávané věci. Kromě toho ze stejných důvodů, které jsem uvedl výše ohledně náhrady⁴¹, mám za to, že je použití úzkého srovnávacího ukazatele, jak jej prosazovaly Rakouská vláda a žalovaná, v každém případě vyloučeno rovněž pokud jde o dávku ve formě placeného volna.

38 – Body 40 až 43 a 73 výše.

39 – Konkrétně pro ty zaměstnance, pro něž je čerpání dodatečného dne neplaceného volna finančně obtížné.

40 – Tedy aniž by byla vůbec otevřena otázka výkladu středního srovnávacího ukazatele, jíž by bylo třeba se zabývat a jež jistě není jednoduchá: co se považuje za „zvláštní“ den? Existuje nějaká právní hranice duchovního nebo náboženského významu? Která náboženská vyznání by měla být vzata v úvahu a je tento aspekt skutečně přenosný na jiné víry, které mají více velice významných dní? Co například ateisté, kteří také mají dny, které jsou pro ně velmi významné? Měl by být katolíkům odepřen jeden den navíc, jelikož z historických důvodů je řada jejich zvláštních dnů již pokryta ostatními 13 svátky? Kromě toho byla při ústním jednání rovněž diskutována citlivost požadavku na odhalení podrobností svého (náboženského) přesvědčení zaměstnavateli – logického důsledku použití středního srovnávacího ukazatele.

41 – Body 76 až 79 výše.

6. Závěr k první otázce

87. Ve světle výše uvedeného navrhuji, aby Soudní dvůr zodpověděl první otázku předkládajícího soudu následovně:

„Článek 21 odst. 1 Listiny ve spojení s článkem 1 a čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78 mají být vykládány v tom smyslu, že brání vnitrostátní právní úpravě, podle níž je Velký pátek svátkem s nepřerušovanou dobou pracovního klidu v délce nejméně 24 hodin, avšak pouze pro příslušníky evangelických církví augsburského a helvetského vyznání, starokatolické církve a evangelicko-metodistické církve, a pracuje-li pracovník, který je příslušníkem jedné z uvedených církví, přesto, že je uvedený den svátek, vzniká mu kromě nároku na odměnu za práci, která ve svátek odpadla, i nárok na odměnu za práci, kterou vykonal, zatímco jiným zaměstnancům, kteří k těmto církvím nepatří, tento nárok nevzniká.“

D. Druhá otázka

88. Svou druhou otázkou se předkládající soud v podstatě táže, zda mohou být opatření ve prospěch příslušníků čtyř uvedených církví v rozsahu, v jakém jsou považována za diskriminační, odůvodněna podle čl. 2 odst. 5 směrnice 2000/78.

89. Podle mého názoru nikoliv.

90. Úvodem je třeba poznamenat, že v rozsahu, v jakém je první otázka rozhodnuta tak, že dotčené opatření odporuje čl. 21 odst. 1 Listiny ve spojení s čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78, musí být jakékoliv odůvodnění posuzováno podle čl. 52 odst. 1 Listiny a čl. 2 odst. 5 směrnice. Kromě formálního hlediska, že ustanovení směrnice nemůže stanovit odchylku od ustanovení Listiny, zůstává skutečností, že obě uvedená ustanovení používají trochu jiné formulace.

91. Pro účely projednávané věci je však věcné posouzení podle obou ustanovení podobné. Obě ustanovení se odvolávají na odůvodnění, kterým je „ochrana práv a svobod druhého“. Kromě toho vzhledem k tomu, že obě ustanovení představují výjimku ze zákazu diskriminace, musí být vykládána restriktivně⁴² a podléhají testu přiměřenosti⁴³.

92. Existují zejména tři důvody, které mě vedou k závěru, že poskytnutí dávky ve formě náhrady *nemůže* být odůvodněno ani podle čl. 52 odst. 1 Listiny, ani podle čl. 2 odst. 5 směrnice.

93. Zprvce není bezprostředně zřejmé, že „ochrana práv a svobod druhého“ zahrnuje nabídku náhrady v případě omezení uvedených svobod. Zdá se mi, že to nezakládá ochranu, nýbrž náhradu za porušení povinnosti chránit uvedená práva a svobody.

94. Nicméně ustanovení konkrétně odkazují na „ochranu práv a svobod *ostatních lidí*“ v rozsahu, v jakém může být v zásadě pokryta. V tomto ohledu byl čl. 2 odst. 5 do směrnice zjevně vložen na poslední chvíli na nátlak Spojeného království⁴⁴ a z důkazů vyplývá, že účelem uvedeného ustanovení je ochrana *široké veřejnosti* před hanebným chováním určitých skupin⁴⁵.

42 – Viz rozsudky ze dne 13. září 2011, Prigge a další (C-447/09, EU:C:2011:573, body 55 a 56) a ze dne 12. prosince 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, bod 46).

43 – Viz znění čl. 21 odst. 1 Listiny a bod 23 odůvodnění směrnice. Viz také rozsudek ze dne 5. července 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, bod 44).

44 – Viz například Ellis, E. a Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2. vyd., Oxford EU Law Library, 2012, druhé vydání, s. 403.

45 – Stanovisko generální advokátky E. Sharpston ve věci Bougnaoui a ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553, poznámka 99).

95. Mé chápání takového ustanovení je podobné: ustanovení umožňuje odchylku ve jménu práv a svobod *ostatních lidí*, rozuměno horizontálně a průřezově, tedy práv a svobod zbytku společnosti jako celku. To by bylo v souladu s logickou strukturou odchylky: břemeno nebo znevýhodnění určité skupiny může legitimně nést celá uvedená skupina, pokud je to nezbytné a přiměřené pro obecný zájem široké veřejnosti. V této fázi může dojít k určitému vyvažování zájmů mezi zvláštním (znevýhodnění) a obecným (zájem).

96. Pokud bychom přijali logiku, že pojem „ostatní lidé“ v pojmu „ochrana práv a svobod *ostatních lidí*“ ve skutečnosti znamená příslušníky skupiny, již dotčená právní úprava přiznává určité výhody, převrátilo by to tuto logiku naruby. Celý argument by se točil v kruhu a jakýkoliv zvláštní režim by byl odůvodněn pouhou skutečností, že existuje.

97. Zadruhé *selektivní* povaha ustanovení § 7 odst. 3 a § 9 odst. 5 zákona o době odpočinku je v každém případě problematická z hlediska proporcionality, zejména její první dimenze – vhodnosti. Přestože deklarovaným cílem opatření je ochrana svobody náboženského vyznání, uvedená opatření se použijí pouze na určité skupiny. O jiných menšinách není zmínka. Připomínám, že Soudní dvůr v kontextu posouzení přiměřenosti vnitrostátního diskriminačního opatření zohledňuje koherenci opatření s deklarovaným cílem. Soudní dvůr tedy konstatoval, „že [...] jsou právní předpisy vhodné k zajištění uskutečnění tvrzeného cíle pouze tehdy, pokud opravdu odpovídají snaze jej dosáhnout *koherentním a systematickým způsobem*, a že výjimky z ustanovení zákona mohou v určitých případech ohrožovat jeho koherenci“⁴⁶. Přestože je správné, že relevantní ustanovení vnitrostátní právní úpravy v projednávané věci neobsahují výjimky vylučující určité skupiny, praktický účinek velmi úzkého vymezení rozsahu působnosti práva je stejný. Vylučuje všechny kromě příslušníků čtyř uvedených církví.

98. Uvedený problém selektivity nenapraví ani přiznání volna z náboženských důvodů na základě jiných předpisů. V tomto ohledu je správné, že v Rakousku existuje například kolektivní smlouva, která stanoví svátek na jom kipur pro příslušníky židovského vyznání a rovněž povinnost péče zaměstnavatelů o své zaměstnance⁴⁷.

99. Nicméně pokud jde o kolektivní smlouvu, v písemných odpovědích rakouské vlády na dotazy Soudního dvora bylo potvrzeno, že se kolektivní smlouva nepoužije na všechny sektory a použije se opět pouze na příslušníky konkrétní náboženské skupiny. Pokud jde o povinnost péče, podle mého názoru právo zaměstnance proaktivně požadovat nějaké hodiny volna za účelem výkonu náboženského vyznání jednoduše nelze srovnávat s právem na placený svátek zakotveným ve vnitrostátních právních předpisech nebo kolektivní smlouvě. Obecněji i v případech, kdy příslušníci jiných vyznání mohou získat volno za účelem výkonu náboženského vyznání na žádost a po dohodě se zaměstnavatelem, neexistuje žádné obecné automatické právo na finanční náhradu, pokud uvedené volno není ve skutečnosti čerpáno.

100. Zatřetí neexistuje zřejmá souvislost mezi ochranou svobody náboženského vyznání a právem na náhradu, pokud zaměstnanec na Velký pátek pracuje. Ze stejných důvodů mám za to, že přiznání náhrady příslušníkům čtyř uvedených církví, kteří pracují na Velký pátek, i když je použito takto selektivním způsobem, je nepřiměřené v tom smyslu, že je *nevhodné* k dosažení cílů ochrany svobody náboženského vyznání podle čl. 52 odst. 1 Listiny a čl. 2 odst. 5 směrnice 2000/78. Je opět těžké pochopit, jak má být zaplacení dvojnásobku mzdy za to, že zaměstnanec na Velký pátek *nevykonává náboženské úkony*, vhodné k dosažení cíle ochrany (dokonce selektivně přiznané) svobody náboženského vyznání.

46 – Rozsudek ze dne 5. července 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, bod 48).

47 – Stanovená v § 8 zákona o době odpočinku.

101. Nakonec poznamenávám, že zatímco se výše uvedené úvahy soustředí na náhradu, odůvodnění v bodech 97 a 98 týkající se selektivnosti opatření s ohledem na dávku ve formě *placeného volna* se rovněž použije a brání ospravedlnění diskriminační povahy uvedené dávky.

102. Ve světle výše uvedeného navrhuji Soudnímu dvoru, aby odpověděl na druhou otázku předkládajícího soudu následovně:

„Za takových okolností, jaké jsou dány v projednávané věci, vnitrostátní právní úprava, která přiznává náhradu takového typu, jaký je uveden v první otázce, pouze příslušníkům určitých církví, kteří pracují na Velký pátek, nepředstavuje opatření, které je v demokratické společnosti nutné pro ochranu práv a svobod ostatních lidí ve smyslu směrnice 2000/78.“

E. Třetí otázka

103. Svou třetí otázkou se předkládající soud v podstatě ptá, zda opatření ve prospěch příslušníků čtyř uvedených církví spadají pod pojem pozitivní činnost podle čl. 7 odst. 1 směrnice 2000/78 ve spojení s čl. 21 odst. 1 Listiny.

104. Mám za to, že nikoli.

105. Jako úvodní poznámku uvádím, že přesný vztah mezi článkem 21 odst. 1 Listiny a článkem 7 odst. 1 směrnice 2000/78 není bezprostředně jasný. Zejména debata, zda je pozitivní činnost (dočasnou) odchylkou od zásady rovnosti, nebo zda je ve skutečnosti neodmyslitelnou součástí skutečně věcné představy rovnosti, zdaleka není uzavřena. Nicméně pro účely tohoto stanoviska nepovažuji za nutné zkoumat kteroukoli z těchto zásadních otázek.

106. Rakouská vláda v projednávané věci uvedla, že opatření mohou být vykládána tak, že spadají pod pojem pozitivní činnost v tom smyslu, že byla přijata proto, aby kompenzovala méně příznivé zacházení, k němuž došlo v minulosti. Podle písemných vyjádření rakouské vlády neměli příslušníci čtyř uvedených církví na rozdíl od katolické většiny nárok na den volna, aby uctili svůj nejdůležitější náboženský svátek v roce, a snášeli tuto situaci po mnoho let před tím, než bylo toto volno v 50. letech požadováno a přiznáno.

107. Jistě, v právní úpravě ani judikatuře neexistuje jasná definice „pozitivní činnosti“. Neexistuje tedy žádné *prima facie* omezení toho, co může spadat pod uvedený pojem, a to jak věcně, tak časově. Na této úrovni by bylo skutečně možné tvrdit, že záměr „kompenzovat kterýkoli z důvodů uvedených v článku 1“ může rovněž zahrnovat snahu vykompenzovat náboženské pronásledování v minulosti (trvající dokonce po staletí).

108. Přiznávám však, že pouze z chronologického pohledu se zdá poměrně sporné, zda opatření přijaté v 50. letech bylo skutečně koncipováno jako „pozitivní činnost“ ve smyslu mnohem modernějšího pojmu, který se poprvé objevil, minimálně v rámci unijního práva, až o celá desetiletí později. Taková předvídatost hraničí se zázrakem.

109. Nicméně mimo nedostatku určitosti definice a nedostatku v chronologii existují dva přesvědčivé důvody, proč mám za to, že náhrada nemůže v žádném případě představovat „pozitivní činnost“.

110. Zaprvé uvedené opatření cílí na velmi konkrétní skupinu, a tím opět otevírá již diskutovanou otázku *selektivitu* a druhého stupně diskriminace⁴⁸. Opatření nebyla přijata proto, aby zajistila úplnou rovnost všech skupin, které byly v minulosti obecně znevýhodněny, nebo konkrétněji na rozdíl od katolické většiny neměly volno o významném svátku.

48 – Obdobně jako v bodech 76 až 79 a bodech 97 až 98 výše.

111. Zadrugé jakékoliv opatření, které údajně spadá do oblasti působnosti pojmu pozitivní činnost, musí být v každém případě v souladu se zásadou přiměřenosti. To bylo nedávno potvrzeno jako obecná zásada ve vztahu k opatřením omezujícím náboženské svobody posuzovaným s ohledem na Listinu a směrnici 2000/78⁴⁹. Přestože judikatura Soudního dvora k použití pojmu pozitivní činnosti v kontextu sekundárního práva neprovádí posouzení z hlediska přiměřenosti, je jasné, že Soudní dvůr zkoumá opatření, aby určil, zda jsou nutná k vyvážení namítané nevýhody⁵⁰. Ze stejných důvodů jako jsou důvody uvedené ve vztahu k druhé otázce⁵¹, mám za to, že relevantní opatření stanovená vnitrostátním právem nelze v žádném případě považovat za přiměřená a jako taková nemohou spadat pod pojem pozitivní činnosti ve smyslu čl. 7 odst. 1 směrnice 2000/78.

112. Dále poukazuji na to, že ačkoli se výše uvedené úvahy opět soustředí na náhradu, použije se rovněž odůvodnění uvedené v bodech 97, 98 a 101 týkající se selektivity opatření s ohledem na dávku ve formě *placeného volna*, které brání tomu, aby se uvedená dávka považovala za „pozitivní činnost“.

113. Ve světle výše uvedeného navrhuji, aby byla třetí otázka předkládajícího soudu zodpovězena následovně:

„Vnitrostátní právní úprava, která přiznává náhradu takového typu, jaký je uveden v první otázce, nepředstavuje pozitivní činnost ve smyslu čl. 7 odst. 1 směrnice 2000/78.“

F. Čtvrtá otázka

114. Podstatou čtvrté otázky předkládajícího soudu je to, jak by mělo být napraveno porušení zákazu diskriminace, konkrétně pokud k němu dojde ve vztahu mezi soukromými osobami? Předtím, než se budu zabývat otázkou, zda je řešením odepření volna a náhrady každému, nebo jejich poskytnutí každému, vyvstává nejprve otázka, jež částečně předjímá odpověď, co by se mělo v takovém horizontálním vztahu použít a s jakými důsledky.

115. Určité vodítko poskytuje řada zásad již obsažených v judikatuře Soudního dvora.

116. Zprvce směrnice se nelze odvolávat vůči jednotlivci (jakým je zaměstnavatel v soukromém sektoru)⁵². V takových případech má prostředek nápravy poškozeného v zásadě formu žaloby na náhradu škody směřující proti státu⁵³.

117. Zadrugé zákazu diskriminace na základě náboženského vyznání obsaženého v čl. 21 odst. 1 Listiny „ve spojení se“ směrnicí 2000/78 se lze přinejmenším v některých případech dovolávat vůči jednotlivci a v důsledku toho vnitrostátní soud nemůže použít jakýkoliv právní předpis, který je shledán neslučitelným s uvedeným zákazem. V tomto smyslu zakládá spojení čl. 21 odst. 1 Listiny a směrnice *právo nebýt diskriminován*, jehož se lze dovolávat přímo před vnitrostátními soudy, a to i v horizontálním kontextu. Je však důležité si vyjasnit, že to je důsledek *přednosti* unijního práva, a nikoliv jeho přímého účinku (část 1 níže).

49 – Rozsudek ze dne 17. dubna 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 68).

50 – V tomto smyslu viz například rozsudek ze dne 11. listopadu 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, bod 31).

51 – Bod 100 výše.

52 – Rozsudky ze dne 14. července 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, bod 20), ze dne 5. října 2004, Pfeiffer a další (C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584, bod 108) a ze dne 19. ledna 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, bod 46).

53 – Rozsudek ze dne 19. listopadu 1991, Francovich a další (C-6/90 a C-9/90, EU:C:1991:428). V kontextu čl. 21 odst. 1 Listiny ve spojení se směrnicí 2000/78 viz rozsudek ze dne 15. ledna 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, bod 50).

118. Zatřetí podle mého názoru čl. 21 odst. 1 Listiny nemá „horizontální přímý účinek“ v tom smyslu, že by sám o sobě v případech, jako je projednávaná věc, kdy má diskriminace původ ve vnitrostátním právu, zakládal konkrétní povinnost soukromému zaměstnavateli, která by byla přímo vynutitelná vnitrostátními soudy vůči uvedenému zaměstnavateli (část 2). Poškozený však musí mít k nápravě takové diskriminace možnost podat žalobu na náhradu škody směřující proti státu (část 3).

1. Přednost

a) Spojení směrnic s ustanoveními Listiny

119. Soudní dvůr kompenzoval výše uvedený nedostatek horizontálního přímého účinku směrnic různými způsoby. Často to bylo prostřednictvím povinnosti konformního výkladu⁵⁴. Podle ustálené judikatury uvedená povinnost však nevyžaduje, aby vnitrostátní soud vykládal vnitrostátní právo „*contra legem*“. V projednávané věci vnitrostátní soud jasně uvedl, že konformní výklad vnitrostátního práva není možný.

120. Při takových omezeních konformního výkladu Soudní dvůr „spojil“ svůj výklad obecných právních zásad⁵⁵ nebo Listiny⁵⁶ se směrnicí 2000/78 a učinil závěr, že k tomu, aby se nepoužil neslučitelný vnitrostátní právní předpis, se jednotlivec ve sporu s jinou soukromou osobou může dovolávat toho, co v praxi tvoří podstatný obsah směrnice.

121. Ve věcech Mangold, Küçükdeveci a DI⁵⁷ Soudní dvůr určil, že relevantní vnitrostátní ustanovení jsou neslučitelná s konkrétními relevantními ustanoveními *směrnice*. Pokračoval tím, že potvrdil, že unijní právo „brání“ (s důsledkem, že vnitrostátní soud je musí „neaplikovat“ nebo „nepoužít“) uvedeným ustanovením vnitrostátního práva v rozsahu, v jakém jsou v rozporu s *obecnou zásadou*. Vnitrostátní soudy tedy musí vykládat ustanovení vnitrostátního práva „tak, aby mohla být uplatněna v souladu s touto směrnicí, a pokud takový výklad není možný, neaplikovat případně všechna ustanovení tohoto vnitrostátního práva, která jsou v rozporu s obecnou zásadou zákazu diskriminace na základě věku.“⁵⁸ Relevantní obsah směrnice byl tedy ve skutečnosti začleněn do obecné zásady předtím, než byla uvedená „doplněná“ zásada použita na soukromý spor, aby bylo rozhodnuto o neslučitelnosti vnitrostátního právního předpisu.

122. Ve věci Egenberger Soudní dvůr konstatoval, že zákaz diskriminace na základě náboženského vyznání nebo víry stanovený v čl. 21 odst. 1 Listiny „stačí sám o sobě k tomu, aby bylo jednotlivcům přiznáno právo uplatnitelné jako takové ve sporu v oblasti, na kterou se vztahuje unijní právo“⁵⁹. Při použití uvedeného zákazu vnitrostátní soud „[musí] zejména zohlednit rovnováhu stanovenou mezi těmito zájmy zákonodárcem Unie ve směrnici 2000/78, s cílem určit povinnosti vyplývající z Listiny“⁶⁰. Jinými slovy bylo prakticky konstatováno, že obsah relevantních ustanovení směrnice vyplývá z článku 21 Listiny. Vnitrostátní soud musí zajistit plný účinek uvedeného ustanovení, „přičemž v případě potřeby upustí od uplatnění jakéhokoli odporujícího vnitrostátního ustanovení“⁶¹. Stejně odůvodnění bylo obdobně použito na článek 47 Listiny.

54 – Rozsudky ze dne 5. října 2004, Pfeiffer a další (C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584) a ze dne 17. dubna 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

55 – Rozsudky ze dne 22. listopadu 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709) a ze dne 19. ledna 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

56 – Rozsudek ze dne 17. dubna 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

57 – Rozsudky ze dne 22. listopadu 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, body 77 a 78), ze dne 19. ledna 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, body 43 a 51) a ze dne 19. dubna 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, body 27 a 35).

58 – Rozsudek ze dne 19. dubna 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, bod 43).

59 – Rozsudek ze dne 17. dubna 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 76).

60 – Rozsudek ze dne 17. dubna 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 81).

61 – Rozsudek ze dne 17. dubna 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 79).

123. Ve věci AMS⁶² Soudní dvůr nicméně uznal meze uvedeného způsobu začlenění obsahu směrnice do obecných zásad a ustanovení Listiny pro účely jeho použití v horizontálních situacích. Uvedená věc se týkala směrnice 2002/14/ES, která požadovala zastupování zaměstnanců ve společnostech s více než 50 zaměstnanci⁶³. Článek 3 odst. 1 stanoví hranici „50 zaměstnanců“ a v rozsahu, který je pro nás relevantní, se uvedená věc v podstatě týkala definice „zaměstnanec“ pro dané účely. Soudní dvůr rozhodl, že dotčené relevantní vnitrostátní ustanovení je neslučitelné s čl. 3 odst. 1 směrnice, protože nezohledňuje určité druhy zaměstnanců v rámci počtu zaměstnanců.

124. Soudní dvůr však pokračoval tím, že konstatoval, že „okolnosti věci v původním řízení se liší od okolností věci, v níž byl vydán výše uvedený rozsudek Küçükdeveci, jelikož zásada zákazu diskriminace na základě věku, která byla dotčena v posledně uvedené věci a je zakotvena v čl. 21 odst. 1 Listiny, *stačí sama o sobě k tomu, aby bylo jednotlivcům přiznáno subjektivní právo uplatnitelné jako takové*“⁶⁴. Naopak článek 27 Listiny „*nestačí [...] k tomu, aby bylo jednotlivcům přiznáno právo uplatnitelné jako takové*“⁶⁵. Soudní dvůr tak usoudil, že pravidlo uvedené v čl. 3 odst. 1 směrnice 2002/14 bylo příliš podrobné na to, aby bylo možné mít za to, že je v příslušném ustanovení Listiny inherentní povahy.

b) Právní účinky podle stávající judikatury

125. Je jasné, že v důsledku věci Egenberger se lze „opírat“ o čl. 21 odst. 1 Listiny ve spojení se směrnicí 2000/78 ve sporu mezi jednotlivci jakožto o nástroj pro konformní výklad, jakož i, co je důležitější, o měřítko pro přezkum platnosti unijního práva a slučitelnosti vnitrostátního práva (v rámci oblasti působnosti unijního práva). Jednotlivci se jej tedy mohou dovolávat proti jiným jednotlivcům, aby „bránili“ odporujícímu ustanovení vnitrostátního práva, nebo aby jej vnitrostátní soud „nepoužil“ „odmítl jeho použití“ nebo „neaplikoval“.

126. Věc Egenberger tedy potvrzuje přednost unijního primárního práva v podobě čl. 21 odst. 1 Listiny v konkrétním kontextu horizontálního sporu, kdy nástrojem sekundárního práva je směrnice a konformní výklad není možný.

127. Věc Egenberger se však nezabývá podrobnostmi, pokud jde o další důsledky odvolání se na uvedená ustanovení v takových případech. Nic v rozsudku v uvedené věci (nebo v jakémkoli z jiných rozsudků citovaných v předchozí části) zejména nepotvrzuje, že má čl. 21 odst. 1 Listiny „horizontální přímý účinek“ v tom smyslu, že může ze své podstaty sám o sobě založit samostatně stojící zdroj práv vytvářející odpovídající povinnosti jiného jednotlivce v soukromoprávním sporu. Věc Egenberger ani jakákoliv jiná citovaná judikatura rovněž nevedou k závěru, že uvedená možnost opírat se o čl. 21 odst. 1 a rozhodnutí o neslučitelnosti nutně vedou k jakémukoli konkrétnímu prostředku nápravy.

128. Místo toho citovaná judikatura opakuje obecné pravidlo, podle něhož musí vnitrostátní soudy zajistit „právní ochranu, která pro jednotlivce vyplývá z ustanovení unijního práva, a zaručit plný účinek těchto ustanovení“ (tím, že nepoužijí neslučitelnou vnitrostátní právní úpravu)⁶⁶ nebo stanoví, že vnitrostátní soud musí „zajistit dodržování zásady zákazu diskriminace na základě věku“⁶⁷ nebo že uvedenému jednotlivci nelze upřít právo použít takový výklad, který brání napadenému vnitrostátnímu předpisu⁶⁸.

62 – Rozsudek ze dne 1. ledna 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2).

63 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 11. března 2002, kterou se stanoví obecný rámec pro informování zaměstnanců a projednávání se zaměstnanci v Evropském společenství (Úř. věst. 2002, L 80, s. 29).

64 – Rozsudek ze dne 15. ledna 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, bod 47). Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

65 – Rozsudek ze dne 15. ledna 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, bod 49).

66 – Rozsudek ze dne 19. dubna 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, bod 29 nebo 35).

67 – Rozsudky ze dne 19. ledna 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, bod 56) a ze dne 19. dubna 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, body 35 až 37).

68 – Rozsudek ze dne 19. dubna 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, bod 41).

129. Shrňeme-li výše řečené, nyní je jasně stanoveno, že abstraktní přezkum slučitelnosti s ohledem na čl. 21 odst. 1 Listiny ve spojení se směrnicí 2000/78, jak byl proveden v odpovědi na první otázku položenou předkládajícím soudem, může vést k tomu, že se nepoužije neslučitelná vnitrostátní právní úprava. Je to důsledek přednosti unijního práva, který může nastat rovněž v kontextu sporu mezi soukromými osobami.

130. Z důvodů uvedených v následující části navrhuji Soudnímu dvoru, že by bylo moudré na tomto postoji setrvat. Pokud bych byl výslovně dotazován na *konkrétní praktické důsledky pro účastníky* pro případ, že by se vnitrostátní právo skutečně nepoužilo, navrhoval bych dále se nesoustředit na horizontální přímý účinek ustanovení Listiny (2), ale raději se zaměřit na otázku prostředků nápravy (3).

2. „Horizontální přímý účinek“

131. Pokud bychom uznali, že čl. 21 odst. 1 Listiny má horizontální přímý účinek, znamenalo by to, že jednotlivci mohou, *přímo na základě uvedeného ustanovení*, prokázat existenci práva a *odpovídající povinnosti* jiné soukromé (nestátní) osoby bez ohledu na existenci nebo odkaz na obsah sekundárního práva. V tomto smyslu je pravidlo s přímým účinkem samo o sobě dostatečně jasné, přesné a bezpodmínečné, aby bylo vymahatelné u soudu v horizontálním vztahu.

132. Mám problém uznat, že ustanovení čl. 21 odst. 1 Listiny jakož i řada ustanovení Listiny obecně (b) v kontextu projednávané věci splňuje uvedené požadavky (a). To však opět nebrání tomu, aby ustanovení Listiny byla ve skutečnosti použitelná a velmi relevantní v případech, jako je projednávaná věc, i když jiným způsobem (c).

a) Horizontální přímý účinek čl. 21 odst. 1 Listiny

133. Na určité úrovni by jistě bylo možné argumentovat, že pravidlo zakazující diskriminaci na základě náboženského vyznání je, na této úrovni abstrakce, skutečně dostatečně jasné, přesné a bezpodmínečné. Bezpodmínečně a jasně se zakazuje diskriminace na základě náboženského vyznání.

134. Avšak v podstatě jakékoliv ustanovení unijního práva by mohlo mít přímý účinek, pokud je na něj nahlíženo na takové úrovni abstrakce. Proto má tradiční test přímého účinku jinou povahu: je obsah konkrétního pravidla dostatečně jasný a přesný, aby bylo uvedené ustanovení v kontextu dané věci vymahatelné u soudu?

135. Sama projednávaná věc poskytuje dobrý příklad toho, jak složitá je to otázka a proč neexistuje „jasné, přesné a bezpodmínečné“ pravidlo, které by poskytovalo odpověď. Bylo by jím právo na placený den volna (a povinnost jej poskytnout) vyplývající z čl. 21 odst. 1 Listiny? Byl by takový svátek na Velký pátek nebo v jiný zvláštní den? Nebo může být nárok jedině peněžitý v podobě práva na dodatečnou výplatu nebo náhradu nebo kompenzaci nebo náhradu škody (s odpovídající povinností zaměstnavatele uvedené plnění poskytnout)?

136. Podle mého názoru stručně formulovaný čl. 21 odst. 1 Listiny nelze vykládat tak, že zahrnuje odpovědi na takové otázky. Vnitrostátní soudce, který „neaplikuje“ odporující ustanovení vnitrostátního práva, se s nimi bude nicméně potýkat, jako je tomu v projednávané věci.

137. Bez váhání uznávám, že „jasný, přesný a bezpodmínečný“ neznamená, že každý aspekt práva je předem stanoven právními předpisy. Takový scénář jednoduše není realistický. To, co zůstalo nedořešeno, však musí být alespoň vymahatelné u soudu⁶⁹. Podle mého názoru samotná povaha dotčeného práva (volno na Velký pátek, jeden nedefinovaný den placeného volna, náhrada, pokud toto volno nebylo čerpáno) není v uvedeném smyslu vymahatelné u soudu.

138. Co je podstatnější, nemyslím si, že otázkou je zde „horizontální přímý účinek“ Listiny (ve spojení se směrnicí). Opět na určité úrovni abstrakce může v čl. 21 odst. 1 Listiny existovat „jasný, přesný a bezpodmínečný“ požadavek nediskriminace, ale neplyne z toho žádný „jasný, přesný a bezpodmínečný“ praktický požadavek. Podle mého názoru by se ke čtvrté otázce vnitrostátního soudu nemělo přistupovat z hlediska horizontálního přímého účinku. Horizontální přímý účinek ve výše popsaném smyslu [takovém, který zakládá *konkrétní* nároky (na peníze, na dávky a tak dále)] zjevně není dán.

b) Horizontální přímý účinek Listiny obecněji

139. Odhlédnuto od konkrétního kontextu projednávané věci a použití tradičního testu „přímého účinku“ na čl. 21 odst. 1 Listiny, existují další zásadní argumenty, proč by byl horizontální přímý účinek ustanovení Listiny problematický.

140. Zprvce podle čl. 51 odst. 1 Listina jednoduše není určena jednotlivcům, nýbrž členským státům a institucím EU a orgánům, podobně jako směrnice podle čl. 288 SFEU. Lze tvrdit, že uvedený (textový) argument není příliš silný, jelikož ve skutečnosti již existují podstatné *horizontální účinky* Listiny, které byly podrobně uvedeny výše⁷⁰. Existuje však významný kvalitativní rozdíl mezi tvrzením na jedné straně, že listina práv může být použita pro přezkum slučitelnosti a případně nepoužití odporujících právních předpisů, jakož i že může být i zdrojem konformního výkladu zasahujícím rovněž do horizontálních situací, a na druhé straně tím, že by ustanovení uvedené listiny práv měla být *zdrojem přímých povinností* soukromých osob bez ohledu na zákonná ustanovení, anebo v případě jejich neexistence. To je také, pokud vím, důvodem, proč v řadě právních systémů plní vnitrostátní listiny práv právě uvedené dvě funkce, možná dokonce spolu se zakotvením pozitivních povinností, které musí stát převzít. I kdyby však základní práva zasahovala uvedenými způsoby do soukromoprávních vztahů, základní práva by stále, poměrně prozíravě, nebyla horizontálně přímo použitelná.

141. Zadruhé důvodem pro uvedené omezení zajisté není nedostatek vůle účinně chránit základní práva. Spíše je jím potřeba předvídatelnosti, právní jistoty a, na ústavní úrovni, dělba moci. Listiny práv bývají celkem abstraktní, a tedy vágní, jako je tomu v případě Listiny základních práv EU. Listiny práv obecně vyžadují další právní předpisy, jež jim dají obsah, který bude vymahatelný u soudu. Pokud bychom přiznali samotným uvedeným ustanovením horizontální přímý účinek na práva a povinnosti jednotlivců, otevřelo by to dveře extrémním formám soudcovské kreativity⁷¹.

69 – Je tedy rovněž připuštěn přímý účinek pravidel formulovaných na určité úrovni abstrakce (jako pravidla, že náklady přezkumných řízení napadajících platnost určitých rozhodnutí vydaných v rámci oblasti působnosti směrnice o posuzování vlivů na životní prostředí (směrnice Rady 85/337/EHS ze dne 27. června 1985 o posuzování vlivů některých veřejných a soukromých záměrů na životní prostředí (Úř. věst. 1985, L 175, s. 40; Zvl. vyd. 15/01, s. 248)) nesmí být nepřiměřené), avšak strukturou nástroje sekundárního práva, jehož jsou součástí, jasně ohraničených co do jejich rozsahu a oblasti působnosti, jakož i praktických důsledků, jichž má být dosaženo – viz mé nedávné stanovisko ve věci Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, body 33 až 55).

70 – Body 125 až 129 v předchozí části tohoto stanoviska.

71 – To je také důvod, proč si v roce 1929 Hans Kelsen, na nějž se často odvolává jakožto na „otce“ moderního ústavního soudnictví, který by však pravděpodobně byl poněkud překvapen, kdyby viděl jeho současný rozsah, přál vyloučit přímou použitelnost „überpositiver Normen“, mezi které zahrnoval rovněž základní práva, a upozorňoval, že by to prakticky poskytovalo jakémukoliv takovému ústavnímu soudu mocenský monopol v rámci státních struktur – Kelsen, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5. Berlin und Leipzig, de Gruyter & Co., 1929, s. 69 až 70.

142. Zatřetí vzhledem k tomu, že obsah práv a povinností vyplývajících z Listiny není jasný, mohlo by být lákavé hledat odpovědi v relevantním sekundárním právu. Soudní dvůr při posuzování slučitelnosti vnitrostátního práva s ustanoveními Listiny (zásada přednosti) skutečně odkazuje na použitelnost ustanovení Listiny a obecných zásad „se zřetelem“ k sekundárnímu právu nebo „ve spojení se“ sekundárním právem⁷². Zdá se, že narůstá judikatura, v níž Soudní dvůr skutečně začleňuje (často poměrně sofistikovaný) obsah směrnic do ustanovení Listiny před tím, než uvedená ustanovení Listiny horizontálně aplikuje⁷³.

143. Není pochyb o tom, že zohlednění sekundárního práva je někdy skutečně zásadní pro určení toho, jaký může být (přijatelný) obsah práva nebo obecné zásady v dotčeném případě⁷⁴. Existuje však rozdíl mezi kritickým srovnávacím přezkumem (řady) zdrojů sekundárního práva za účelem rozhodnutí, jaký může být obecný trend, a ve skutečnosti nekritickým a přímým „přepisem“ obsahu směrnice do ustanovení Listiny.

144. Ústavní, jakož i praktické problémy druhého uvedeného přístupu jsou početné⁷⁵. Má být přímý účinek ustanovení Listiny skutečně závislý na tom, zda a jaké sekundární právo bylo v dané oblasti přijato? Bude rozhodovat o (ne)existenci přímého účinku Listiny nepřímou unijní normotvůrce? Měla by být Listina takovým způsobem „dekonstitucionalizována“? Měla by být Listina určována a ovládána sekundárním právem, místo toho, aby poskytovala měřítko pro jeho přezkum? Pokud ne anebo určité pokud *ne vždy*, kdy tedy ano a kdy nikoliv?

145. Nakonec se jedná o problém předvídatelnosti a právní jistoty nepochybně spolu s charakteristickým druhem obcházení vlastních předem stanovených omezení, který mě přivádí k poslednímu bodu: pokud by toto skutečně měl být budoucí přístup Soudního dvora, bylo by možná vhodné se znovu zabývat otázkou horizontálního přímého účinku směrnic. Setrávání na formálním odmítání horizontálního přímého účinku směrnic, zatímco je činěno možné i nemožné, aby bylo zajištěno, že uvedené omezení nemá vůbec žádné praktické důsledky, například tím, že je obsah směrnice začleňován do ustanovení Listiny, se zdá být stále více pochybné.

c) Žádný horizontální přímý účinek, ale stále (významné) účinky

146. Neexistence horizontálního přímého účinku článku 21 odst. 1 (a jiných ustanovení) Listiny neznamená, že uvedená ustanovení nemají žádné horizontální účinky. Ba naopak. Tyto účinky jsou však jiné povahy. S ohledem na vnitrostátní právo Listina slouží: i) jako nástroj výkladu pro konformní výklad vnitrostátního práva, ii) jako měřítko slučitelnosti unijních a vnitrostátních předpisů s případným následkem, že v případě, kdy jsou vnitrostátní předpisy (použité v kontextu, v němž členské státy jednají v oblasti působnosti unijního práva) neslučitelné s Listinou, nemohou být vnitrostátním soudcem použity, a to ani ve sporech mezi soukromými osobami. Uvedený důsledek je však důsledkem přednosti unijního práva, nikoliv horizontálního přímého účinku ustanovení Listiny. Nové samostatně stojící povinnosti soukromých osob nemohou být založeny *pouze* na základě Listiny.

72 – Rozsudek ze dne 17. dubna 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), rozebíraný v tomto kontextu v bodu 122 výše. Viz také rozsudek ze dne 19. ledna 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21) vztahující se k zásadě zákazu diskriminace na základě věku „jak je konkretizována“ směrnicí 2000/78.

73 – V poslední době tak například učinil můj učený kolega generální advokát Y. Bot, který Soudnímu dvoru navrhoval, aby do čl. 31 odst. 2 Listiny začlenil relevantní ustanovení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/88/ES ze dne 4. listopadu 2003 o některých aspektech úpravy pracovní doby (Úř. věst. 2003 L 299, s. 9).. Uvedený závěr byl odůvodněn odkazem na důvodovou zprávu k Listině, podle níž je ustanovení čl. 31 odst. 2 „založeno na směrnici 93/104/ES“ (kodifikované směrnici 2003/88) – viz stanovisko generálního advokáta Y. Bota ve spojených věcech Bauer a Broßonn (C-569/16 a C-570/16, EU:C:2018:337, v bodě 86).

74 – Pro příklad takového pečlivého a vyváženého posouzení viz rozsudek ze dne 15. října 2009, Audiolux a další (C-101/08, EU:C:2009:626).

75 – Podrobnou diskuzi na toto téma viz ve stanovisku generální advokátky V. Trstenjak ve věci Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

147. Je pravda, že nepoužití neslučitelného vnitrostátního práva nemůže samo o sobě účastníkům poskytnout bezprostřední ochranu. Je tomu tak zjevně i v projednávané věci. Nepoužití znamená vyškrtnutí odporujících ustanovení vnitrostátního práva. Pokud nebude přijat poněkud zvláštní, neřku-li komplikovaný a nebezpečný, přístup k pojmu „nepoužití“ (zahrnující například selektivní vyškrtnutí určitých slov v odporujícím ustanovení)⁷⁶, nepoužití nebo neaplikace odporujících ustanovení by v projednávané věci zahrnovala nepoužití celého ustanovení § 7 odst. 3 zákona o době odpočinku. To by znamenalo, že od okamžiku soudního určení neslučitelnosti by nikdo neměl nárok na volno na Velký pátek.

148. Alternativně by bylo možné mít za to, že existuje horizontálně přímo účinné právo nebýt diskriminován a že v tomto právu je obsaženo právo mít stejné nároky a dávky jako zvýhodněná skupina (srovnání směrem vzhůru), nebo právo, aby s ostatními na stejné úrovni bylo zacházeno stejně špatně (srovnání směrem dolů). To je skutečně obsaženo ve čtvrté otázce vnitrostátního soudu. Nicméně za předpokladu, že je přijato řešení v podobě srovnání směrem vzhůru (k tomuto bodu se vrátím níže), stále tím není zodpovězena žádná z výše uvedených otázek týkajících se povahy a rozsahu působnosti dotčených práv.

149. Uvedená otázka by podle mého názoru spíše měla být chápána tak, že má být objasněno, jaké přesně *prostředky nápravy* musí být dostupné v případech, jako je projednávaná věc, na rozdíl od těžko definovatelného souboru konkrétních práv (na volno, náhrady atd.). Uvedený přístup byl skutečně zvolen již ve věcech Mangold, Küçükdeveci, DI a Egenberger, které všechny potvrdily nepoužitelnost odporujících vnitrostátních ustanovení a existenci práva na účinný prostředek nápravy (nikoliv „horizontální přímý účinek“ Listiny). Nicméně zaměření se v této věci na praktické důsledky nepoužití odporujících vnitrostátních ustanovení, znamená, že Soudní dvůr musí tento rozdíl jednoznačně formulovat. Právě touto otázkou se nyní budu zabývat.

3. *Prostředky nápravy*

150. Článek 21 odst. 1 Listiny nezakládá konkrétní soubor odpovídajících práv/povinností pro zaměstnavatele a zaměstnance. Vnitrostátní soudy jsou nicméně odpovědné za poskytnutí právní ochrany, která jednotlivcům vyplývá z ustanovení unijního práva, a musí zaručit plný účinek těchto ustanovení⁷⁷. *Musí být dostupný prostředek nápravy diskriminace* v souladu se zásadou účinné soudní ochrany⁷⁸.

151. Při neexistenci unijní právní úpravy v dané oblasti přísluší vnitrostátnímu právnímu řádu každého členského státu, aby určil příslušné soudy a tribunály a upravil podrobné procesní podmínky soudních řízení určených k zajištění ochrany práv, která jednotlivcům vyplývají z unijního práva. Členské státy odpovídají však za to, že uvedená práva budou v každém případě účinně chráněna⁷⁹ a musí přitom dodržovat zásadu rovnocennosti a zásadu efektivity⁸⁰.

76 – Ustanovení § 7 odst. 3 zákona o době odpočinku zní: „Pro příslušníky evangelických církví augsburského a helvetského vyznání, starokatolické církve a evangelicko-metodistické církve je svátkem i Velký pátek.“ Posunutí pojmu „nepoužití“ na úroveň jednotlivých slov uvedeného ustanovení by pak například vedlo k vyškrtnutí předmětu věty, tj. odkazu na příslušníky čtyř uvedených církví (což by znamenalo, že každý dostane volno, nebo náhradu na Velký pátek), nebo k vyškrtnutí odkazů na příslušníky čtyř uvedených církví a Velký pátek (což by znamenalo, že existuje svátek neurčitého data – toto prakticky navrhuje Komise). Stále by však snad měl být zachován rozdíl mezi nepoužitím odporujícího vnitrostátního práva a soudcovskou hrou Scrabble umožňující vytvoření jakéhokoliv pravidla jednoduše rekombinací vybraných slov vytržených ze stávající právní úpravy.

77 – Viz rozsudek ze dne 5. října 2004, Pfeiffer a další (C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584, bod 111). Viz také rozsudek ze dne 15. dubna 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, bod 42).

78 – Rozsudek ze dne 13. března 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, bod 37 a citovaná judikatura).

79 – Viz zejména rozsudky ze dne 9. července 1985, Bozzetti (179/84, EU:C:1985:306, bod 17), ze dne 18. ledna 1996, SEIM (C-446/93, EU:C:1996:10, bod 32) a ze dne 17. září 1997, Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, bod 40).

80 – Viz zejména rozsudky ze dne 16. prosince 1976, Rewe-Zentralfinanz a Rewe-Zentral, (33/76, EU:C:1976:188, bod 5); ze dne 16. prosince 1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, body 13 až 16); ze dne 14. prosince 1995, Peterbroeck, (C-312/93, EU:C:1995:437, bod 12); ze dne 13. března 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, bod 43), a ze dne 7. června 2007, van der Weerd a další (C-222/05 až C-225/05, EU:C:2007:318, bod 28).

152. Soudní dvůr může nicméně poskytnout vodítko, co znamená právo na účinný prostředek nápravy v případě, jako je projednávaná věc. Existují dvě otázky, se kterými může Soudní dvůr předkládajícímu soudu pomoci. Je jimi zaprvé otázka, zda prostředek nápravy spočívá ve srovnání směrem vzhůru, nebo dolů (a), a zadruhé otázka, vůči komu se lze prostředku nápravy domáhat (b).

153. Mám za to, že v případech jako je projednávaná věc: dojde-li ke sporu mezi soukromými osobami a tkví-li zdroj diskriminace ve vnitrostátním právním předpisu a je-li diskriminace dovozena na základě čl. 21 odst. 1 Listiny (v rámci abstraktního přezkumu jako v případě první otázky, ve spojení se směrnicí 2000/78), unijní právo nevyžaduje, aby byl prostředek nápravy poskytnut *zaměstnavatelem*. Unijní právo však vyžaduje, aby poškozený mohl k nápravě porušení podat žalobu na náhradu škody směřující proti *státu*.

154. Před tím, než se budu těmito body zabývat podrobněji, vypořádám se s otázkou „srovnání směrem vzhůru“ a „srovnání směrem dolů“.

a) Srovnání směrem vzhůru, nebo srovnání směrem dolů

155. Čtvrtá otázka předkládajícího soudu předpokládá dvě řešení problému diskriminace v projednávané věci: srovnání směrem vzhůru, nebo srovnání směrem dolů.

156. Rád bych objasnil, že čtvrtou otázku předkládajícího soudu chápu tak, že se týká pouze „přechodného období“, tedy období následujícího poté, co bude určena neslučitelnost, ale před tím, než vnitrostátní zákonodárce přijme novou úpravu. Pro toto období se skutečně otevírá otázka, zda má být použito srovnání směrem vzhůru, nebo srovnání směrem dolů.

157. Naopak táž otázka nevzniká směrem do minulosti, tedy pro předcházející léta, během nichž byla poskytována náhrada pouze vybrané skupině, ale nikoliv ostatním, a která zatím nejsou podle předpisů vnitrostátního práva promlčena. Pro uvedená období je jediným způsobem, jak napravit minulou diskriminaci, prakticky skutečně pouze „srovnání směrem vzhůru“. Zvýhodněné skupině nelze zpětně odebrat její výhody kvůli zásadě legitimního očekávání, či spíše zásadě ochrany již nabytých práv. Jediným skutečným způsobem, jak může být napravena diskriminace v uvedeném období, je tedy přiznání stejné dávky každému (avšak pod podmínkou vyřešení otázky, vůči komu lze požadovat úhradu a proč, o níž bude pojednáno v následující části).

158. Posuzujíc nyní tedy pouze přechodné období, Komise rovněž navrhla, že vhodnou odpovědí by bylo srovnávat směrem vzhůru. Žalobce i Komise na podporu uvedeného argumentu citovali judikaturu, včetně věcí Milkova, Specht a Landtová⁸¹.

159. Je tomu skutečně tak, že Soudní dvůr v uvedených věcech zaujal široký přístup, že „jakmile byla konstatována diskriminace, která je v rozporu s právem Unie, *a dokud nebyla přijata opatření k obnovení rovného zacházení*, lze dodržení zásady rovnosti zaručit pouze tím, že osobám patřícím do znevýhodněné kategorie jsou přiznány stejné výhody, jako jsou ty, jichž využívají osoby patřící do zvýhodněné kategorie, což je režim, který je v případě, že nedochází ke správnému uplatňování práva Unie, jediným platným referenčním systémem“⁸².

81 – Rozsudky ze dne 22. června 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415), ze dne 19. června 2014, Specht a další (C-501/12 až C-506/12, C-540/12 a C-541/12, EU:C:2014:2005) a ze dne 9. března 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

82 – Rozsudky ze dne 22. června 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415, bod 51), ze dne 19. června 2014, Specht a další (C-501/12 až C-506/12, C-540/12 a C-541/12, EU:C:2014:2005, bod 95) a ze dne 9. března 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, bod 67). Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

160. Z toho plyne, že v případě, kdy vnitrostátní soud čelí diskriminaci, jež má původ v právních předpisech, je skutečně nevyhnutelným důsledkem nepoužití odporujícího ustanovení vnitrostátního práva „srovnání směrem vzhůru“, dokud nebude přijata nediskriminační právní úprava (která může případně vést ke srovnání směrem dolů)⁸³.

161. V tomto ohledu činím následující připomínky.

162. Zprvée zásada přednosti, včetně přednosti Listiny, vyžaduje, aby se nepoužilo ustanovení vnitrostátního práva, které je neslučitelné s unijním právem. To znamená, že odporující ustanovení má v situacích, kdy je v rozporu s unijním právem, především zmizet z vnitrostátního právního řádu. Proto logicky to, co zmizelo, nelze následně použít vůbec na nikoho. Totéž ustanovení, které bylo odstraněno, jelikož bylo použitelné pouze na někoho, přesto jaksi zázračně ihned ožívá, aby se použilo na všechny. Tento paradox, který je obsažen v řešení spočívajícím ve srovnání směrem vzhůru, je třeba uznat ještě před tím, než bude možné se jím zabývat.

163. Zadruhé jakožto široký návrh se řešení spočívající ve srovnání směrem vzhůru jakožto přechodný výchozí *prostředek nápravy* (na rozdíl od práva s horizontálním přímým účinkem) zdá být lepší možností, zejména z hlediska legitimních očekávání zvýhodněné skupiny. Ale háček je opět v detailu (nebo přinejmenším v praktickém použití). Složitější případy zahrnují nepeněžitě dávky. V projednávané věci Komise ve svých písemných vyjádřeních tvrdila, že ustanovení § 7 odst. 3 zákona o době odpočinku může být diskriminační tím, že poskytne den volna na Velký pátek některým náboženským skupinám, ale nikoliv ostatním. Nicméně řešením, které navrhovala Komise, nebylo poskytnout svátek na Velký pátek všem zaměstnancům. Komise spíše navrhovala, aby soud přepsal ustanovení tak, že poskytuje dávku v podobě placeného dne volna k uctění „obzvlášť významné“ náboženské události, která má být určena každým jednotlivým zaměstnancem. Pojem „srovnání směrem vzhůru“ dobře zní (přinejmenším v angličtině), ale zastírá potenciálně značnou složitost, dokonce libovůli, v praktickém použití, nikoliv nepodobnou té, s níž jsme se již setkali u otázky horizontálního přímého účinku.

164. Zatřetí existuje několik rozsudků Soudního dvora, kde byla vyjádřena variace zásady „srovnání směrem vzhůru“. Každá z těchto věcí má však odlišné rysy. Dva z nich jsou obzvlášť významné, jmenovitě *zdroj diskriminace* a *totožnost žalovaného*.

165. V tomto ohledu poznamenávám, že ve všech věcech citovaných účastníky na podporu řešení spočívajícího ve srovnání směrem vzhůru⁸⁴ bylo zdrojem diskriminace vnitrostátní právo a *žalovaným byl stát* (a spor se týkal peněžitého plnění⁸⁵). To je podle mého názoru nejjednodušší možné uspořádání (které je skutečně v judikatuře Soudního dvora nejčastější)⁸⁶. Nakonec členský stát musí platit za diskriminaci v právních předpisech. To je jasný důsledek věci Francovich a judikatury, která ji následovala. Odpovědnost státu musí v zásadě poskytovat záchrannou síť.

83 – Viz rozsudek ze dne 9. února 1999, Seymour-Smith a Perez (C-167/97, EU:C:1999:60).

84 – Poznámka 81 výše.

85 – Zastupitelná dávka *par excellence*, na rozdíl od například práva na volno nebo práva na práci.

86 – V jiných rozsudcích, které opakují „variantu Landtová, Specht, Milkova“ zásady srovnání směrem vzhůru, je žalovaným rovněž stát – viz rozsudky ze dne 12. prosince 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, bod 42), ze dne 21. června 2007, Jonkman a další (C-231/06 až C-233/06, EU:C:2007:373, bod 39), ze dne 28. ledna 2015, Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38, bod 46) a ze dne 14. března 2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, bod 30). Viz také úzeji formulované varianty, například odkaz na diskriminaci v oblasti odměňování v rozsudcích ze dne 7. února 1991, Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, bod 18) a ze dne 17. dubna 1997, Evrenopoulos (C-147/95, EU:C:1997:201, bod 42). Diskriminace založená kolektivními smlouvami je rovněž častá a ve skutečnosti přirovnatelná k diskriminaci založené právními předpisy a Soudní dvůr užívá volněji formulovanou variantu zásady srovnání směrem vzhůru – viz například rozsudek ze dne 20. března 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, bod 72).

166. Existují rovněž případy, kdy Soudní dvůr odkazoval na zásadu srovnání směrem vzhůru v kontextu soudního sporu mezi soukromými osobami. Tak tomu však bylo v omezeném počtu případů, které se vztahovaly k diskriminaci v oblasti důchodů⁸⁷ nebo mzdy⁸⁸ obecně přičitatelné *zaměstnavateli* (která neměla původ v právních předpisech). V kontextu soukromých sporů zahrnujících údajnou diskriminaci se Soudní dvůr spíše soustředil na obecnou povinnost poskytnout účinné prostředky nápravy a sankce, než aby navrhoval srovnání směrem vzhůru jakožto obecné řešení⁸⁹.

167. Začtvrté za neexistence dalších konkrétních důvodů, jako je lidská důstojnost či legitimní očekávání, které by v přechodném období v kontextu jednotlivého případu bránily srovnání směrem dolů, nevidím zásadní argument, proč by srovnání směrem dolů bylo *samo o sobě* systematicky a ve všech případech diskriminace vyloučeno. Je tomu tak tím spíše v případech, kdy se dávka poskytovaná zvýhodněné skupině neopakuje, nebo kdy v případech opakující se dávky není vytvořen žádný vztah závislosti (jako například opětuující se dávky sociálního zabezpečení).

168. Zaměříme-li se na projednávanou věc, co by byl konkrétní (dodatečný) důvod pro zvrácení závěru, že odporující ustanovení „nelze použít“, a jeho nahrazení závěrem, že jeho osobní působnost musí být padesátinásobně rozšířena⁹⁰?

169. Velkomyslnost prohlášení, že každý by na tom měl být lépe, je možná osobně uspokojivá, ale těžko právně vhodná bez zvážení ekonomické udržitelnosti.⁹¹ Rád bych zdůraznil, že ekonomické argumenty samozřejmě nejsou odůvodněním pro diskriminaci. To však samo o sobě neposkytuje pozitivní odůvodnění pro srovnání směrem vzhůru.

170. Ochrana náboženské svobody příslušníků čtyř uvedených církví je rovněž neprůkazná. V tomto ohledu poznamenávám, že § 8 zákona o době odpočinku ukládá zaměstnavatelům povinnost součinnosti tím, že po nich účinně vyžaduje, aby přiměřeně vyšli vstříc potřebě svých zaměstnanců praktikovat náboženské vyznání. Pokud je to dostačující pro jiná menšinová náboženská vyznání v Rakousku, pokud jde o jejich zvláštní náboženské oslavy, proč by to nebylo dostačující pro příslušníky čtyř uvedených církví? Naopak není jasné, jak by „srovnání směrem vzhůru“, třeba vyplacením všem rakouským zaměstnancům dvojnásobku mzdy, nebo poskytnutím dne volna na Velký pátek, jakkoliv podpořilo svobodu náboženského vyznání.

171. Ve světle výše uvedeného mám za to, že v projednávané věci není možné v odpovědi předkládajícímu soudu jednoduše potvrdit, že „srovnání směrem vzhůru“ je jediným správným směrem, kterým je třeba se ubírat. To je přístup, který Soudní dvůr přijal v kontextu žalob proti státu zejména ve vztahu k dávkám sociálního zabezpečení a který není obecně přenosný na horizontální spory. Kromě toho za projednávaných okolností by odpověď zastírající určité složitosti, které mají velký praktický význam, byla příliš zjednodušující. Spíše mám za to, že referenčním bodem v projednávané věci by měla být judikatura Soudního dvora týkající se účinných prostředků nápravy.

87 – Viz rozsudky ze dne 28. září 1994, van den Akker (C-28/93, EU:C:1994:351), ze dne 28. září 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348) a ze dne 28. září 1994, Avdel Systems (C-408/92, EU:C:1994:349), který se technicky také týkal nestátního důchodového systému, ale jednalo se o „vyvazovací“ důchodový systém v tom smyslu, že příspěvky do něj nastupovaly na místo státního důchodového systému.

88 – Rozsudek ze dne 8. dubna 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56).

89 – Rozsudky ze dne 10. dubna 1984, Harz (79/83, EU:C:1984:155) a ze dne 8. listopadu 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383).

90 – Poznamenávám, že Komise ve svém ústním vyjádření obhajovala rozšíření dávky v podobě volna na Velký pátek/náhrady pro příslušníky čtyř uvedených církví (přibližně 2 % obyvatelstva) na celou rakouskou pracovní sílu a zavedení téhož ve vztahu k Jom kipur.

91 – Na jednání byly náklady na poskytnutí náhrady za práci o Velkém pátku i všem ostatním zaměstnancům odhadnuty na 600 milionů eur ročně (o podobnou částku by se zřejmě jednalo v případě svátku Jom kipur).

b) Účinné prostředky nápravy (a totožnost žalovaného)

172. Přestože čl. 21 odst. 1 Listiny nemá horizontální přímý účinek, problematické vnitrostátní ustanovení nelze použít (první otázka). Otázka srovnání směrem vzhůru, nebo nahoru byla řešena výše. V této závěrečné části se budu zabývat otázkou, kdo by měl zjednat nápravu. Existují v podstatě dvě možnosti: i) zaměstnavatel (který se pak může obrátit na stát), nebo ii) stát (který by měl být přímo žalován zaměstnancem). Podle mého názoru je správnou odpovědí ta druhá: stát.

i) Prostředky nápravy směřující proti zaměstnavateli

173. Vyžaduje právo na účinný prostředek nápravy v případech, jako je projednávaná věc, kdy je žalobce obětí diskriminační vnitrostátní právní úpravy použité zaměstnavatelem, aby zaměstnanec měl prostředek nápravy proti zaměstnavateli?

174. Generální advokát P. Cruz Villalón uvedenou možnost výslovně upřednostnil ve svém stanovisku ve věci AMS. Měl za to, že je „spravedlivé, aby břemeno v řízení o náhradě škody nesl ten účastník řízení, který měl z protiprávního jednání prospěch, nikoliv nositel práva, které vyplývá z konkretizace obsahu dané ‚zásady‘“⁹². Zaměstnavatel, který je shledán odpovědným, by se pak mohl obrátit na stát.

175. Pokud se nemýlím, Soudní dvůr se tímto bodem nikdy přímo nezabýval. Rozsudek ve věci DI by však mohl být vykládán také tak, že takový požadavek ukládá⁹³.

176. Uvedený přístup lze skutečně odůvodnit efektivitou (ochrany zaměstnance). Pro zaměstnance může být levnější a rychlejší (a méně odrazující) žalovat zaměstnavatele než stát. Z morálního hlediska je zaměstnanec diskriminačním předpisem poškozen a zasluhuje ochranu. Jak poznamenal učený generální advokát P. Cruz Villalón, zaměstnavatel v důsledku diskriminace pravděpodobně získal protiprávní výhodu, kterou je potřeba vyrovnat. Celkově je pravděpodobné, že zaměstnavatel bude v pozici relativní síly.

177. Argumenty ve prospěch tvrzení, že proti diskriminaci v oblasti pracovních podmínek musí vždy existovat prostředek nápravy přímo proti zaměstnavateli, se v podstatě točí kolem tří prvků: *zdroje, provinění a prospěchu*, případně spolu s argumentem *síly* a (přirozené) *nerovnosti*.

178. Na obecné úrovni uvedené argumenty jistě platí pro určitý druh diskriminace: té, která je, alespoň částečně, přičitatelná určitému zaměstnavateli. Narážejí však na řadu logických problémů v případě, jako je projednávaná věc, kdy existuje spor mezi soukromými osobami, kdy je tvrzena diskriminace na základě náboženského vyznání, která přímo vyplývá z vnitrostátních právních předpisů.

179. Zaprvé *zdrojem* porušení v projednávané věci je vnitrostátní právní úprava. Zaměstnavatel neměl žádnou skutečnou možnost uvážení či nezávislého rozhodnutí. Pouze použil závazný vnitrostátní právní předpis. Uvedená situace je zcela odlišná od situací, v nichž Soudní dvůr požadoval, aby byl poskytnut prostředek nápravy proti zaměstnavateli; zdroj diskriminace však tkvěl rovněž ve vlastním rozhodnutí zaměstnavatele⁹⁴.

⁹² – Stanovisko ve věci Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, bod 79).

⁹³ – Rozsudek ze dne 19. dubna 2016, (C-441/14 EU:C:2016:278, bod 42).

⁹⁴ – Například v rozsudku ze dne 8. listopadu 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383) byla žádost žalobkyně o práci odmítnuta, protože byla ve třetím měsíci těhotenství. Její pozeňnaný stav byl nicméně podle vnitrostátního práva klasifikován jako „nemoc“. Vzhledem k tomu, že si byl její potenciální zaměstnavatel plně vědom její „nemoci“, pokud by ji býval zaměstnal, musel by jí platit mateřskou dovolenou bez pomoci státu, což si zaměstnavatel nepřál. Existovala tedy (významná) finanční překážka zaměstnání těhotných žen obsažená ve vnitrostátní právní úpravě. Bylo však také jasné, že konečné rozhodnutí, jak a zda použít uvedenou diskriminační právní úpravu v konkrétním případě, bylo na zaměstnavateli.

180. To navazuje, zadruhé, na prvek *provinění*. Za jaké provinění by měl zaměstnavatel platit? Za použití platné právní úpravy? Ve věcech, v nichž Soudní dvůr posuzoval údajnou diskriminaci ze strany zaměstnavatelů porušující unijní právo, Soudní dvůr často konstatoval, že sankce uložená za porušení musí být účinná, přiměřená a *odrazující*⁹⁵. Pokud se od zaměstnavatelů neočekává, že budou vystupovat jako ústavní stráž s pozitivní povinností zjistit a aktivně napadnout vnitrostátní právo, o němž mají za to, že může být případně v rozporu s ustanoveními Listiny, uvedené odůvodnění odrazením nebo zastrašením odpadá. Anebo tkví provinění zaměstnavatele v tom, že nezpochybnil slučitelnost vnitrostátní právní úpravy s čl. 21 odst. 1 Listiny a se směrnicí 2000/78? Zaměstnavatel by tak prakticky měl předvídat, co se stane po uplynutí několika let řízení za účasti nejvyššího soudu členského státu, velkého senátu Soudního dvora a mnoha dalších učených právníků a soudců, kteří poskytnou své podněty v mnoha různých stádiích.

181. Zatřetí rovněž nechápu, jaký *prospěch* má zaměstnavatel z povinnosti zaplatit některým svým zaměstnancům dvojnásobek mzdy, či dokonce povinnosti dát jim placené volno na Velký pátek. Vidím, že na zaměstnavatele jsou pouze kladena břemena, ledaže by, při velmi diskutabilním výkladu, nezaplacení téže částky zbývajícím 98 % pracovníků bylo klasifikováno jako protiprávní „prospěch“ zlovolně získaný zaměstnavateli.

182. Začtvrté je tu argument relativní *slabosti*. Uvedený argument má na rozdíl od tří ostatních alespoň nějakou váhu. Lze jej dokonce považovat za argument převažující nad všemi ostatními úvahami: vzhledem k přirozené nerovnosti v pracovněprávním vztahu by to vždy měl být zaměstnavatel, po kom je požadováno, aby zaplatil účet, bez ohledu na okolnosti.

183. Uvedený argument zastírá hluboce *ideologickou* volbu rozložení rizik a nákladů⁹⁶. Kromě toho lze snad bezpečně předpokládat, že ne všichni zaměstnavatelé v Rakousku nebo kdekoliv jinde v Evropské unii jsou příslušecné anonymní mezinárodní korporace. Mnoho společností je vedeno jednotlivci nebo malým počtem osob. Proč by měli nést náklady použití vadné vnitrostátní právní úpravy?

184. Je však skutečně pravdou, že uvedené otázky se stávají irelevantní v případě, kdy by bylo na zaměstnavateli v podstatě požadováno, aby zaplatil účet pouze proto, že je zaměstnavatel. To je axiomatický argument, avšak rovněž argument, který podle mého názoru nestojí za to, aby byl slepě následován.

185. Spojíme-li výše uvedené důvody, mám za to, že unijní právo *nepožaduje*, aby existoval prostředek nápravy proti zaměstnavateli v případech, jako je projednávaná věc, kdy zaměstnavatel jednal v souladu s vnitrostátním právem, avšak vnitrostátní právo je považováno za odporující článku 21 odst. 1 Listiny (ve spojení se směrnicí 2000/78). Aby bylo jasno, uvedený závěr se použije na spory mezi *soukromými* osobami, nikoliv na případy, kdy je žalovaným stát (vystupující jako zaměstnavatel). Unijní právo však *nebrání* tomu, aby existoval prostředek nápravy i proti *soukromým* zaměstnavatelům v případě, že by takové prostředky nápravy byly dostupné podle vnitrostátního práva.

95 – Rozsudek ze dne 10. dubna 1984, von Colson a Kamann (14/83, EU:C:1984:153). V případech, kdy Soudní dvůr konstatoval, že unijní právo vyžaduje, aby vnitrostátní právo stanovilo žalobu na náhradu škody proti soukromým osobám za porušení unijního práva, trval na tom, že cíle takového prostředku nápravy jsou kompenzační a *odrazující*. Viz rozsudek ze dne 20. září 2001, Cpirage a Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, bod 27).

96 – Nelze předpokládat, že jakýkoliv zaměstnavatel, všichni, nebo dokonce většina zaměstnavatelů vznesou úspěšnou žalobu na náhradu škody vůči státu. Je tedy spravedlivé uznat, že volba, kdo by měl být žalovaným ve věci, jako je projednávaná věc, znamená ve skutečnosti rozhodnutí o tom, kdo ponese náklady.

ii) *Žaloba na náhradu škody směřující proti státu*

186. Existuje rozdíl, který byl uznán v judikatuře Soudního dvora, mezi diskriminací, která má jako svůj původní zdroj *zákonodárce* (tak jako v původním řízení) a diskriminací, která pramení u *zaměstnavatele*⁹⁷. Inspiraci lze čerpat z přesvědčivých argumentů Komise ve věci Dekker⁹⁸: „Za daných okolností je rozumné se ptát, zda lze od zaměstnavatele spravedlivě očekávat, že bude buď zcela ignorovat diskriminační vnitrostátní právní úpravu, nebo že ji napadne před soudy pro neslučitelnost se směrnicí nebo se zákonem o rovném zacházení [ve věci Dekker] s muži a ženami. Výsledek takového postupu by však byl velice nejistý; v každém případě by se takový požadavek rovnal uložení zaměstnavateli povinnosti, kterou by měl nést stát.“

187. Existují další důvody, proč by bylo nevhodné, aby za takových okolností unijní právo vyžadovalo prostředek nápravy proti zaměstnavateli a proč by účinná soudní ochrana měla mít v praxi podobu žaloby na náhradu škody směřující proti státu. Většina z těchto důvodů odráží argumenty již diskutované v přechozí části.

188. Zprvce tu je jednoduchý morální argument, který byl již zkoumán pod nadpisem zdroj a vina v předchozí části. Hlavním činitelem odpovědným za diskriminaci je stát. Vzhledem k tomu, že okolnosti věci jsou stejné, není jasné, proč by náklady za toto porušení měli v první řadě nést zaměstnavatelé.

189. Morální argument je v souladu se strukturálním argumentem. Pokud se odporující vnitrostátní ustanovení nepoužije v důsledku zásady přednosti a abstraktního přezkumu slučitelnosti, zavinění i neplatná právní úprava jsou jasně přičitatelné členskému státu.

190. Zadruhé určení odpovědnosti v první řadě jednotlivých zaměstnavatelů na ně nebude působit odrazujícím způsobem⁹⁹ a může dokonce snížit odrazující účinek vůči skutečně odpovědnému subjektu: státu. Aby došlo k legislativní změně, je nutné vyvinout tlak na stát.

191. Zatřetí v případech, kdy zaměstnanci mohou dosáhnout zadostiučinění podáním žaloby proti svému zaměstnavateli za použití práva a zaměstnavatelé zase žalují stát, bude existovat duplicita soudních sporů. Pokud se tedy poškozená strana obrátí přímo vůči straně, která nese vinu, a nikoliv vůči prostředníkovi, který žádnou vinu nenese, vyhneme se jednomu kolu soudních sporů.

192. Začtvrté v kontextu soukromého sporu, kde není možný konformní výklad směrnice, Soudní dvůr důsledně odmítá možnost, aby se jednotlivec dovolával směrnice vůči jinému jednotlivci. Musí existovat prostředek nápravy; je ovšem dán vůči státu ve formě žaloby na náhradu škody¹⁰⁰. Není jasné, proč by tomu tak v zásadě nemělo být, dovolává-li se někdo paralelně ustanovení Listiny. Tímto způsobem by měla být struktura prostředků nápravy pro (horizontální) soukromoprávní vztahy, odvoláváme-li se na zdroje unijního práva, které nemají horizontální přímý účinek, konzistentní.

97 – Body 50 až 52 výše.

98 – Jak bylo shrnuto ve zprávě pro jednání. Viz Ward, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. vyd., Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 57.

99 – Bod 180 výše.

100 – Rozsudky ze dne 19. listopadu 1991, Francovich a další (C-6/90 a C-9/90, EU:C:1991:428, bod 45) a ze dne 15. ledna 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, bod 50).

193. Zapáté a na posledním místě existuje další prvek celkové konzistentnosti, který podporuje zde obhajovaný přístup k prostředkům nápravy. Tento se opět váže k rámci srovnávání. Uvedl jsem, že v případech abstraktního přezkumu srovnatelnosti je rámcem pro srovnání jedna ze skupin¹⁰¹. To je zcela v souladu se skutečností, že zdrojem rozlišování je vnitrostátní právní úprava a nikoliv rozhodnutí zaměstnavatele. Z toho důvodu nebyla důležitá totožnost ostatních zaměstnanců zaměstnavatele (Cresco Investigation) ani zda je s žalobcem, je-li s nimi srovnán, zacházeno rozdílně.

194. Uvedená otázka by se však stala celkem důležitou a bylo by s ní spojeno opětovné plné otevření diskuze o srovnatelnosti, pokud by bylo po žalobci požadováno, aby se obrátil proti zaměstnavateli s žalobou, že jej zaměstnavatel diskriminuje¹⁰². Předpokládáme-li, že jednotlivý zaměstnavatel nemá mezi svou pracovní silou žádné příslušníky čtyř uvedených církví¹⁰³, bylo by logickou obranou tvrzení, že nikoho nediskriminoval, protože zacházel se všemi svými zaměstnanci úplně stejně. Jak by pak zaměstnavatel mohl být shledán odpovědným za diskriminaci, které se vůbec nemohl dopustit?

195. Poslední dva body podtrhují potřebu logické soudržnosti jakéhokoliv přístupu, který Soudní dvůr nakonec přijme, a to na dvou úrovních: zaprvé v rámci projednávané věci (typ přezkumu se vztahuje k rámci srovnatelnosti, který má zase dopad na prostředky nápravy) a zadruhé horizontálně, pokud jde o dostupné prostředky nápravy za porušení určitých pramenů unijního práva.

196. Z důvodů uvedených v této a v předchozích částech jsem toho názoru, že se jednotlivci mohou odvolávat na čl. 21 odst. 1 Listiny (ve spojení s čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2000/78), aby se nepoužila neslučitelná ustanovení vnitrostátního práva. Unijní právo však nevyžaduje, aby náklady za porušení povinnosti státu zajistit soulad vnitrostátního práva s Listinou nesli v první řadě *soukromí* zaměstnavatelé, kteří se řídí vnitrostátním právem.

4. Závěr ke čtvrté otázce

197. Ve světle výše uvedeného navrhuji zodpovědět čtvrtou otázku předkládajícího soudu následovně:

„Za okolností, jaké jsou dány v projednávané věci, které zahrnují soudní řízení mezi soukromými osobami:

- dokud zákonodárce nevytvoří právní stav prostý diskriminace, nelze použít ustanovení vnitrostátního práva, o nichž bylo shledáno, že jsou v rozporu s čl. 21 odst. 1 Listiny ve spojení s článkem 1, čl. 2 odst. 2 písm. a) a čl. 7 odst. 1 směrnice 2000/78,
- článek 21 odst. 1 Listiny základních práv ve spojení s článkem 1, čl. 2 odst. 2 písm. a) a čl. 7 odst. 1 směrnice 2000/78 nemohou samy o sobě založit povinnosti zaměstnavatelů,
- osoba poškozená v důsledku takového uplatnění vnitrostátního práva však může případně požadovat náhradu škody s odkazem na rozsudek ze dne 19. listopadu 1991, Francovich a další (C-6/90 a C-9/90, EU:C:1991:428).“

101 – Body 45 až 54 výše.

102 – Mám dojem, že tento prvek je částečně důvodem zmatku v otázce srovnatelnosti (body 46 až 48 výše).

103 – Což se jeví statisticky poměrně pravděpodobné nejen pro Cresco Investigation, nýbrž rovněž pro řadu jiných rakouských zaměstnavatelů. Bylo potvrzeno, že příslušníci čtyř uvedených církví představují přibližně 2 % rakouské pracovní síly.

V. Závěry

198. Proto navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na otázky Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud, Rakousko) následujícím způsobem:

- „1) Článek 21 odst. 1 Listiny základních práv Evropské unie ve spojení s článkem 1 a čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice Rady 2000/78/ES ze dne 27. listopadu 2000, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání, musí být vykládány v tom smyslu, že brání vnitrostátní právní úpravě, podle níž je Velký pátek svátkem s nepřerušovanou dobou pracovního klidu v délce nejméně 24 hodin, avšak pouze pro příslušníky evangelických církví augsburského a helvetského vyznání, starokatolické církve a evangelicko-metodistické církve, a pracuje-li pracovník, který je příslušníkem jedné z uvedených církví, přesto, že je uvedený den svátkem, vzniká mu kromě nároku na odměnu za práci, která ve svátek odpadla, i nárok na odměnu za práci, kterou vykonal, zatímco jiným zaměstnancům, kteří k těmto církvím nepatří, tento nárok nevzniká.
- 2) Za okolností, jaké jsou dány v projednávané věci, vnitrostátní právní úprava, která přiznává náhradu takového typu, jaký je uveden v první otázce, pouze příslušníkům určitých církví, kteří pracují na Velký pátek, nepředstavuje opatření, které je v demokratické společnosti nutné pro ochranu práv a svobod ostatních lidí, zejména práva na svobodu výkonu náboženského vyznání ve smyslu směrnice 2000/78.
- 3) Vnitrostátní právní úprava, která přiznává náhradu takového typu, jaký je uveden v první otázce, nepředstavuje pozitivní činnost ve smyslu čl. 7 odst. 1 směrnice 2000/78.
- 4) Za okolností, jaké jsou dány v projednávané věci, které zahrnují soudní řízení mezi soukromými osobami:
 - dokud zákonodárce nevytvoří právní stav prostý diskriminace, nelze použít ustanovení vnitrostátního práva, o nichž bylo shledáno, že jsou v rozporu s čl. 21 odst. 1 Listiny (základních práv) ve spojení s článkem 1, čl. 2 odst. 2 písm. a) a čl. 7 odst. 1 směrnice 2000/78,
 - článek 21 odst. 1 Listiny (základních práv) ve spojení s článkem 1, čl. 2 odst. 2 písm. a) a čl. 7 odst. 1 směrnice 2000/78 nemohou samy o sobě založit povinnosti zaměstnavatelů,
 - osoba poškozená v důsledku takového uplatnění vnitrostátního práva však může případně požadovat náhradu škody s odvoláním na rozsudek ze dne 19. listopadu 1991, Francovich a další (C 6/90 a C 9/90, EU:C:1991:428).“