Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHALA BOBEKA
przedstawiona w dniu 25 lipca 2018 r.[1]

Sprawa C-193/17

Cresco Investigation GmbH
przeciwko
Markusowi Achatziemu

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria)]

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – Równe traktowanie w zakresie zatrudnienia i pracy – Uregulowanie krajowe przyznające pewne prawa ograniczonej grupie pracowników – Porównywalność – Dyskryminacja bezpośrednia ze względu na religię – Uzasadnienie – Działanie pozytywne – Horyzontalne stosowanie karty praw podstawowych – Horyzontalny skutek bezpośredni Karty praw podstawowych Unii Europejskiej – Zobowiązania pracodawców i sądów krajowych w przypadku niezgodności przepisów krajowych z art. 21 ust. 1 karty praw podstawowych i art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78/WE

I. Wprowadzenie

1. Zgodnie z prawem austriackim Wielki Piątek jest (płatnym) dniem ustawowo wolnym od pracy wyłącznie dla członków czterech Kościołów. Jeżeli jednak członkowie tych Kościołów pracują w tym dniu, są faktycznie uprawnieni do otrzymania dodatkowego wynagrodzenia w wysokości podwójnego wynagrodzenia. Markus Achatzi (zwany dalej „skarżącym") jest zatrudniony w Cresco Investigation GmbH (zwanej dalej „pozwaną"). Skarżący nie jest członkiem żadnego z tych Kościołów. W związku z tym nie otrzymał on płatnego ustawowo wolnego od pracy dnia ani podwójnej wypłaty za pracę w Wielki Piątek w 2015 r.

2. Skarżący wytoczył przeciwko pozwanej powództwo o dodatkową wypłatę, którą jego zdaniem powinien on otrzymać za pracę w Wielki Piątek, argumentując, że przepis krajowy wprowadza dyskryminację ze względu na religię i przekonania w odniesieniu do warunków pracy i wynagrodzenia. W tym kontekście Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria) zwraca się do Trybunału z pytaniem, czy w świetle prawa Unii przepis krajowy taki jak ten będący przedmiotem postępowania głównego ma charakter dyskryminujący, a jeśli tak, to jakie byłyby konsekwencje takiego rozstrzygnięcia w okresie poprzedzającym przyjęcie przez ustawodawcę krajowego nowego, niedyskryminującego uregulowania prawnego: czy wszyscy pracownicy powinni korzystać z prawa do dnia wolnego w Wielki Piątek i do dodatkowej wypłaty (wypłacanej przez pracodawcę), czy też żaden z nich nie powinien uzyskać takiej korzyści?

1 Język oryginału: angielski.

3. W swoim pytaniu sąd odsyłający powołuje się na „art. 21 karty w związku z" dyrektywą 2000/78/WE[2]. Pewna faktyczna zbieżność treści i stosowania przepisu karty i odpowiedniego aktu prawa wtórnego konkretyzującego ten przepis karty z pewnością nie jest niczym nowym w orzecznictwie Trybunału. Przy rozważaniu kwestii *abstrakcyjnej* zgodności przepisu prawa krajowego z kartą oraz dyrektywą Unii[3] pytanie, co konkretnie ma zastosowanie w danej sprawie, może mieć znaczenie drugorzędne. Jednakże w niniejszej sprawie Trybunał został poproszony o konkretne określenie konsekwencji tego rodzaju niezgodności w konkretnym (horyzontalnym) rodzaju stosunku prawnego, co z kolei wymaga konkretnego określenia, z czym dokładnie byłby niezgodny taki przepis krajowy w tego typu stosunku prawnym.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Karta praw podstawowych

4. Artykuł 21 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą) stanowi: „Zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną".

5. Artykuł 52 ust. 1 karty stanowi: „Wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w niniejszej karcie muszą być przewidziane ustawą i szanować istotę tych praw i wolności. Z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności, ograniczenia mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób".

2. Dyrektywa 2000/78

6. Artykuły 1, 2 i 7 dyrektywy 2000/78 brzmią:

„Artykuł 1

Cel

Celem niniejszej dyrektywy jest wyznaczenie ogólnych ram dla walki z dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w odniesieniu do zatrudnienia i pracy, w celu realizacji w państwach członkowskich zasady równego traktowania.

Artykuł 2

Pojęcie dyskryminacji

1. Do celów niniejszej dyrektywy »zasada równego traktowania« oznacza brak jakichkolwiek form bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji z przyczyn określonych w art. 1.

2 Dyrektywa Rady z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.U. 2000, L 303, s. 16).

3 W odniesieniu do tego, czy dany przepis prawa krajowego o określonych cechach, ogólnie i zasadniczo niezależnie od charakteru stosunków prawnych, w których został zastosowany na szczeblu krajowym, jest zgodny z prawem Unii, zob. ostatnio na przykład wyrok z dnia 19 lipca 2017 r., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

2. Do celów ust. 1:

a) dyskryminacja bezpośrednia występuje w przypadku, gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji, z jakiejkolwiek przyczyny wymienionej w art. 1;

b) dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy przepis, kryterium lub pozornie neutralna praktyka może doprowadzić do szczególnej niekorzystnej sytuacji dla osób danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej, w stosunku do innych osób, chyba że:

[…]

5. Niniejsza dyrektywa nie narusza środków przewidzianych przepisami krajowymi, które w społeczeństwie demokratycznym są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, utrzymania porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób.

[…]

Artykuł 7

Działanie pozytywne

1. W celu zapewnienia całkowitej równości w życiu zawodowym, zasada równości traktowania nie stanowi przeszkody dla utrzymywania lub przyjmowania przez państwo członkowskie szczególnych środków mających zapobiegać lub wyrównywać niedogodności, u podstaw których leży jedna z przyczyn określonych w art. 1.

[…]".

B. Prawo krajowe

7. Artykuł 7 ust. 2 Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz) (ustawy o czasie wolnym od pracy), BGBl. nr 144/1983, ze zmianami, wymienia 13 świąt państwowych będących dniami ustawowo wolnymi od pracy dla wszystkich pracowników. Artykuł 7 ust. 3 stanowi, że dla członków Kościołów ewangelickich wyznania augsburskiego i helweckiego, Kościoła starokatolickiego i ewangelicko-metodystycznego także Wielki Piątek jest dniem wolnym od pracy.

8. Artykuł 9 ustawy o czasie wolnym od pracy stanowi co do zasady, że pracownik, który nie świadczy pracy w dzień ustawowo wolny od pracy, zachowuje prawo do wynagrodzenia za ten dzień (art. 9 ust. 1), a jeśli świadczy pracę, to otrzymuje podwójne wynagrodzenie (art. 9 ust. 5).

III. Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

9. Każdy, kto pracuje w którykolwiek z 13 dni ustawowo wolnych od pracy w Austrii, otrzymuje poza swoim normalnym wynagrodzeniem dodatkowe w tej samej kwocie wynagrodzenie za dzień wolny od pracy (zwane dalej „dodatkowym wynagrodzeniem"). Ponieważ jednak Wielki Piątek jest dniem ustawowo wolnym od pracy tylko dla członków czterech Kościołów, jedynie ci członkowie są uprawnieni do płatnego dnia ustawowo wolnego od pracy w Wielki Piątek i do otrzymania dodatkowego wynagrodzenia poza swoim normalnym wynagrodzeniem, jeśli świadczą pracę w tym dniu.

10. Skarżący jest pracownikiem pozwanej. Nie należy do żadnego z czterech Kościołów. Wobec tego nie otrzymał dnia ustawowo wolnego od pracy ani dodatkowego wynagrodzenia od pozwanego w związku z pracą w Wielki Piątek w dniu 3 kwietnia 2015 r.

11. Skarżący żąda w ramach niniejszej skargi zapłaty 109,09 EUR brutto wraz z odsetkami. Uregulowanie ustawowe, przewidujące, że Wielki Piątek jest dniem ustawowo wolnym od pracy tylko dla członków czterech Kościołów, powiązane z wypłatą dodatkowego wynagrodzenia, w przypadku gdy faktycznie świadczą oni pracę w tym dniu, powoduje zdaniem skarżącego nierówne traktowanie ze względu na religię i przekonania w odniesieniu do warunków pracy i wynagrodzenia.

12. Pozwana kwestionuje tę argumentację i wniosła o oddalenie powództwa przy jednoczesnym obciążeniu drugiej strony kosztami postępowania. Zdaniem pozwanej nie można przyjąć, że ma miejsce dyskryminacja.

13. Sąd pierwszej instancji oddalił skargę na tej podstawie, że w przypadku uregulowania prawnego w sprawie Wielkiego Piątku mamy do czynienia z uzasadnionym merytorycznie nierównym traktowaniem różnych sytuacji.

14. Sąd apelacyjny uwzględnił apelację skarżącego i zmienił pierwotny wyrok w ten sposób, że uwzględnił żądanie skargi. Wyszedł on z założenia, że zasady wewnątrzkrajowe, z których wynika nierówne traktowanie w przypadku Wielkiego Piątku, pozostają w sprzeczności z art. 21 karty, który powinien być stosowany bezpośrednio. Według sądu zachodzi tu bezpośrednia dyskryminacja zainteresowanych pracowników ze względu na religię, która nie jest uzasadniona. Z tego względu uznanie Wielkiego Piątku za dzień ustawowo wolny od pracy nie może być ograniczane do określonych grup pracowniczych, a zatem skarżący, który świadczył pracę w Wielki Piątek w dniu 3 kwietnia 2015 r., jest uprawniony do dodatkowego wynagrodzenia.

15. Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) ma obecnie orzec w sprawie rewizji pozwanej, wniesionej przeciwko wyrokowi sądu apelacyjnego, której przedmiotem jest przywrócenie oddalającego skargę wyroku sądu pierwszej instancji. Sąd ten postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy wykładni prawa Unii, w szczególności art. 21 karty w związku z art. 1 i art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78, należy dokonywać w taki sposób, że w przypadku sporu prawnego między pracownikiem i pracodawcą w związku z prywatnym stosunkiem pracy pozostaje ono w sprzeczności z uregulowaniem prawa krajowego, zgodnie z którym Wielki Piątek tylko dla członków Kościołów ewangelickich wyznania augsburskiego i helweckiego, Kościoła starokatolickiego i ewangelicko-metodystycznego jest także dniem wolnym od pracy z nieprzerwanym okresem odpoczynku w wymiarze co najmniej 24 godzin, a w przypadku wykonywania pracy przez pracownika mimo wolnego dnia, poza roszczeniem o wynagrodzenie w związku z niewykonywaniem pracy w dniu wolnym od pracy, przysługuje także roszczenie o wynagrodzenie za wykonaną pracę, lecz nie przysługuje ono innym pracownikom, którzy nie są członkami tych Kościołów?

2) Czy wykładni prawa Unii, w szczególności art. 21 karty w związku z art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78, należy dokonywać w taki sposób, że przedstawione w pytaniu pierwszym uregulowanie krajowe, które – w odniesieniu do łącznej liczby ludności i przynależności jej większości do Kościoła rzymskokatolickiego – przyznaje tylko stosunkowo małej grupie członków określonych (innych) Kościołów prawa i roszczenia, nie jest objęte zakresem zastosowania tej dyrektywy z tego powodu, iż chodzi o środek, który jest konieczny w społeczeństwie demokratycznym, by chronić prawa i wolności innych, w tym zwłaszcza prawo do swobody wykonywania praktyk religijnych?

3) Czy wykładni prawa Unii, w szczególności art. 21 karty w związku z art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78, należy dokonywać w taki sposób, że przedstawione w pytaniu pierwszym uregulowanie krajowe stanowi pozytywny i szczególny środek na rzecz członków wymienionych w pytaniu pierwszym Kościołów w celu zapewnienia całkowitego zrównania ich praw w życiu zawodowym, aby zapobiec gorszemu traktowaniu tych członków ze względu na ich religię lub je zrekompensować, jeżeli w jego efekcie przyznane im zostaje takie samo prawo do wykonywania praktyk religijnych w trakcie czasu pracy w ważne dla tej religii święto, jakie zgodnie z innym uregulowaniem krajowym przysługuje większości pracowników z uwagi na to, że dni świąteczne w religii, wyznawanej przez większość pracowników, generalnie są wolne od pracy?

4) W wypadku udzielenia twierdzącej odpowiedzi w kwestii dyskryminacji w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78:

   Czy wykładni prawa Unii, w szczególności art. 21 karty w związku z art. 1, art. 2 ust. 2 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78, należy dokonywać w taki sposób, że prywatny pracodawca, dopóty, dopóki ustawodawca nie stworzy sytuacji prawnej wolnej od dyskryminacji, powinien zapewnić wszystkim pracownikom, niezależnie od wyznawanej przez nich religii, przedstawione w pytaniu pierwszym prawa i roszczenia w odniesieniu do Wielkiego Piątku, czy też przedstawione w pytaniu pierwszym uregulowanie krajowe generalnie nie powinno być stosowane, tak że omówionych w pytaniu pierwszym praw i roszczeń odnośnie do Wielkiego Piątku nie należy przyznawać żadnemu pracownikowi?”.

16. Skarżący i pozwana, rządy austriacki, włoski i polski oraz Komisja Europejska przedstawili uwagi na piśmie. Te same zainteresowane strony przedstawiły również swoje stanowiska ustne podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 10 kwietnia 2018 r.

IV. Ocena

A. Wprowadzenie

17. Uważam, że przyznanie płatnego dnia ustawowo wolnego od pracy w Wielki Piątek tylko członkom czterech Kościołów, powiązane z wypłatą dodatkowego wynagrodzenia, w przypadku gdy taka osoba świadczy pracę tego dnia, stanowi dyskryminację ze względu na religię w rozumieniu art. 21 ust. 1 karty i bezpośrednią dyskryminację w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 (pytanie pierwsze zadane przez sąd odsyłający, omówione w sekcji C poniżej). Dyskryminacja ta nie wydaje się mieć ważnego uzasadnienia (pytanie drugie, sekcja D). Nie wydaje mi się również możliwe zakwalifikowanie takiego traktowania jako „działania pozytywnego” (pytanie trzecie, sekcja E).

18. Moim zdaniem bardziej skomplikowaną kwestią w niniejszej sprawie jest to, jakie są skutki prawne tego (abstrakcyjnego) stwierdzenia dyskryminacji, opartego na dyrektywie (która nie ma bezpośredniego skutku horyzontalnego między osobami prywatnymi) oraz na przepisie karty, w sporze między osobami prywatnymi. Z zasady pierwszeństwa wynika, że przepis krajowy powinien zostać uchylony. Jednakże czy można dalej wywodzić – czy to z tej zasady, czy z potencjalnie horyzontalnego skutku bezpośredniego art. 21 ust. 1 karty – że (prywatny) pracodawca jest zobowiązany, z punktu widzenia

prawa Unii, do wypłaty dodatkowego wynagrodzenia każdej osobie, która pracuje w Wielki Piątek, niezależnie od jej przekonań religijnych, oprócz jej zwykłego wynagrodzenia? Moim zdaniem nie można. Prawo Unii wymaga jednak, aby pracownik dysponował skutecznym środkiem prawnym, który może obejmować możliwość dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody przeciwko państwu członkowskiemu (pytanie czwarte, sekcja F poniżej).

19. Zanim przejdę do pytań sądu odsyłającego we wskazanej kolejności, odniosę się jeszcze do kwestii właściwości podniesionej przez rządy włoski i polski w związku z art. 17 TFUE.

B. Właściwość Trybunału

20. W swoich uwagach na piśmie i w swoim stanowisku ustnym rząd polski podniósł, że przepisy dotyczące Wielkiego Piątku jako dnia ustawowo wolnego od pracy są w tym przypadku przepisami regulującymi stosunki między czterema Kościołami a państwem austriackim. Jako takie wchodzą w zakres pojęcia „statusu przyznanego na mocy prawa krajowego Kościołom i stowarzyszeniom lub wspólnotom religijnym", o którym mowa w art. 17 ust. 1 TFUE. Trybunał nie jest zatem właściwy do udzielenia odpowiedzi na pytania przedstawione przez sąd odsyłający. Podczas rozprawy rząd włoski przedstawił podobną argumentację w odniesieniu do art. 17 TFUE. Stwierdził on, że Trybunał powinien udzielić odpowiedzi na pytania, które zostały do niego skierowane, potwierdzając wyłączną kompetencję państw członkowskich do decydowania o przyznaniu dnia ustawowo wolnego od pracy lub dodatkowego wynagrodzenia dla poszczególnych grup religijnych.

21. Uważam, że argumenty te powinny zostać odrzucone.

22. W wyroku Egenberger Trybunał stwierdził, że „art. 17 TFUE stanowi wyraz neutralności Unii względem sposobu, w jaki państwa członkowskie regulują swoje stosunki z Kościołami, organizacjami i wspólnotami religijnymi"[4]. W opinii w tej samej sprawie rzecznik generalny E. Tanchev dodał, że wymóg neutralności nie oznacza, że stosunki pomiędzy państwem i Kościołem są całkowicie chronione przed wszelką kontrolą zgodności z prawami podstawowymi Unii (lub bardziej ogólnie z prawem Unii) „niezależnie od okoliczności"[5]. W wyroku Egenberger Trybunał w istocie wyraźnie potwierdził, że „artykuł [17 TFUE] nie wyłącza spod skutecznej kontroli sądowej przestrzegania kryteriów określonych w art. 4 ust. 2 dyrektywy 2000/78"[6].

23. Bardziej ogólnie, rzecznicy generalni w sprawach Achbita i Egenberger wskazali, że art. 17 TFUE „stanowi uzupełnienie i konkretyzuje art. 4 ust. 2 TUE". Ten drugi przepis „sam w sobie nie pozwala wyprowadzić wniosku, że określone dziedziny lub obszary działalności są całkowicie wyłączone z zakresu obowiązywania dyrektywy 2000/78"[7].

24. Podobnie w wyroku Concregación de Escuelas Pías de Betania[8] okazało się, że art. 17 ust. 1 TFUE nie stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisów Unii dotyczących pomocy państwa wobec dochodu Kościołów. Kwestia art. 17 ust. 1 TFUE nie była nawet przedmiotem rozważań w wyroku[9], pomimo że istota sprawy mogła z pewnej perspektywy być rozumiana jako dotycząca stosunków finansowych między państwem a Kościołem lub jako mająca poważne skutki finansowe dla statusu Kościołów.

4 Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r. (C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 58).

5 Opinia rzecznika generalnego E. Tancheva w sprawie Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, pkt 93; zob. także pkt 88).

6 Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r. (C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 58).

7 Opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, pkt 32); opinia rzecznika generalnego E. Tancheva w sprawie Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, pkt 95).

8 Wyrok z dnia 27 czerwca 2017 r. (C-74/16, EU:C:2017:496).

9 Zobacz jednak opinia rzecznik generalnej J. Kokott w tej sprawie (C-74/16, EU:C:2017:135, pkt 29–33).

25. Obraz wyłaniający się z tego orzecznictwa wydaje się raczej jasny: art. 17 ust. 1 TFUE potwierdza neutralność prawa Unii w odniesieniu do statusu Kościołów i wymaga nienaruszania tego statusu przez prawo Unii. Moim zdaniem Unia deklaruje się jako w pełni neutralna, w istocie agnostyczna, w odniesieniu do systemów stosunków pomiędzy państwami członkowskimi a Kościołami w węższym rozumieniu: na przykład czy państwo członkowskie określa się jako w pełni neutralne pod względem religijnym, czy też państwo członkowskie ma w istocie Kościół państwowy. Taka deklaracja neutralności stanowi istotne *określenie zasady*. Oprócz tego węższego rozumienia może ona również służyć jako *narzędzie interpretacyjne* mające zastosowanie horyzontalnie, tak jak ma to miejsce w odniesieniu do innych wartości i interesów ujętych w tytule II części pierwszej traktatu FUE (zatytułowanym „Przepisy ogólne") w innych dziedzinach prawa Unii: przy równej wadze wszystkich innych czynników należy dać pierwszeństwo takiej wykładni prawa Unii, która maksymalizuje wartości i interesy odzwierciedlone w tych przepisach.

26. Jednakże poza tymi dwoma wymiarami art. 17 ust. 1 TFUE moim zdaniem nie może być rozumiany w ten sposób, że jego konsekwencją jest, iż *wszelkie* przepisy krajowe odnoszące się do stosunków państwa z Kościołami czy do statusu Kościołów po prostu nie wchodzą w zakres prawa Unii. Podobnie jak zwolnienia podatkowe nie pozostają poza zakresem przepisów prawa Unii w dziedzinie pomocy państwa tylko ze względu na fakt, że dotyczą one Kościoła, czy wino nie znajduje się poza zakresem przepisów traktatu dotyczących swobodnego przepływu towarów jedynie z racji tego, że jest to obrzędowe wino do celów liturgicznych. Ujmując rzecz najprościej, „nienaruszalność statusu" nie może być interpretowana jako „wyłączenie grupowe" w odniesieniu do wszelkich kwestii dotyczących Kościołów lub wspólnot religijnych.

27. Nie widzę zatem powodu, dla którego przepis nakładający na wszystkich pracodawców (niezależnie od ich wyznania lub jego braku) obowiązek udzielenia płatnego ustawowo wolnego od pracy dnia pracownikom, którzy są członkami czterech Kościołów (lub dodatkowego wynagrodzenia dla tych członków, którzy świadczą pracę w danym dniu), miałby na mocy art. 17 ust. 1 TFUE być całkowicie chroniony przed wszelką kontrolą zgodności z prawem w świetle karty lub dyrektywy 2000/78.

28. Takie rozumienie art. 17 ust. 1 TFUE znajduje dalsze oparcie w fakcie, że art. 17 ust. 2 TFUE rozszerza analogiczną gwarancję neutralności w odniesieniu do statusu organizacji światopoglądowych i niewyznaniowych. Ze względu na to, że Unia zobowiązuje się w art. 17 ust. 2 TFUE do „równości szacunku" dla statusu takich organizacji, „wyłączenie" hipotetycznie przyznane Kościołom i stowarzyszeniom lub wspólnotom religijnym jednocześnie miałoby zastosowanie do każdej organizacji światopoglądowej (które są w znacznym stopniu nieokreślone i pozostawione prawu państw członkowskich). Artykuł 17 ust. 2 zatem jeszcze wyraźniej podkreśla fakt, że zamiarem w sposób oczywisty nie było usunięcie wszelkich stosunków, bezpośrednich lub pośrednich, pomiędzy państwami członkowskimi a takimi organizacjami z zakresu prawa Unii.

29. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odrzucił argumenty rządów włoskiego i polskiego, że Trybunał albo nie jest właściwy do udzielenia odpowiedzi na pytania prejudycjalne, albo też kwestia ta leży poza zakresem kompetencji Unii.

C. W przedmiocie pytania pierwszego

30. Zadając pytanie pierwsze, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 21 ust. 1 karty i art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 sprzeciwiają się przepisowi prawa krajowego udzielającemu płatnego ustawowo wolnego od pracy dnia w Wielki Piątek jedynie członkom czterech Kościołów i dodatkowego wynagrodzenia, w przypadku gdy członek któregoś z tych Kościołów świadczy pracę w tym dniu.

31. Moim zdaniem przepis taki stanowi dyskryminację w rozumieniu tych przepisów.

32. Ogólnie rzecz biorąc, dyskryminacja bezpośrednia zachodzi wówczas, gdy dana osoba jest (i) traktowana w mniej korzystny sposób (ii) niż traktuje się inną osobę w porównywalnej sytuacji (iii) ze względu na przyczynę, która podlega ochronie (w tym przypadku religię), (iv) bez jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia dla takiego odmiennego traktowania [10].

33. Kwestia potencjalnych uzasadnień na podstawie ppkt (iv) stanowi przedmiot pytania drugiego sądu odsyłającego (sekcja D poniżej).

34. W odniesieniu do ppkt (i) i (iii) moim zdaniem jest jasne, że niniejsza sprawa dotyczy mniej korzystnego traktowania ze względu na religię. To mniej korzystne traktowanie polega na tym, że pracownicy, którzy nie są członkami czterech Kościołów, za pracę w Wielki Piątek otrzymują zwykłą czy też „pojedynczą" wypłatę, natomiast członkowie tych czterech Kościołów otrzymują faktycznie wypłatę podwójną. Chociaż rozumiem, że kwestia ta nie wchodzi w zakres żądań skarżącego, odmowa przyznania odpłatnego wolnego od pracy dnia w Wielki Piątek każdemu, kto nie jest członkiem czterech Kościołów, stanowi również traktowanie w mniej korzystny sposób ze względu na religię [11].

35. Ostatni element analizy dyskryminacji, czyli porównywalność, stanowi w niniejszej sprawie bardziej złożoną kwestię. Wymaga on dwojakiego wyjaśnienia. Po pierwsze: kto jest porównywany? Poszczególne osoby czy grupy osób (2)? Po drugie: jakie są zatem istotne cechy w tym porównaniu? Na jakim poziomie abstrakcji należy prowadzić porównanie (3)?

36. Przed pogłębionym ustosunkowaniem się do tych kwestii należy dokonać pewnych wstępnych wyjaśnień dotyczących ram przeprowadzanej analizy (1).

1. Parametry analizy: rodzaj kontroli, prawo właściwe i dokładny charakter przedmiotowej korzyści

37. Po pierwsze, przedłożone przez sąd odsyłający pytania pierwsze i czwarte obejmują dwa aspekty. Pierwszy aspekt dotyczy *abstrakcyjnej* oceny zgodności, poprzez którą sąd odsyłający wnosi o kontrolę zgodności przepisu prawa krajowego z art. 21 ust. 1 karty w związku z art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78. Drugi aspekt, o którym wspomina sąd odsyłający w swoim pierwszym pytaniu, a następnie w pełni artykułuje go w pytaniu czwartym, to fakt, że sprawa w postępowaniu głównym dotyczy sporu pomiędzy podmiotami prywatnymi. Jakie byłyby zatem *rzeczywiste* konsekwencje dla tego typu stosunku w przypadku potencjalnego stwierdzenia niezgodności prawa państwa członkowskiego z prawem Unii w zakresie przedstawionym w postanowieniu odsyłającym?

38. W niniejszej opinii odniosę się do tych dwóch aspektów oddzielnie. Fakt, że są one wzajemnie powiązane, był przyczyną pewnej dezorientacji w niniejszym postępowaniu, zarówno w zakresie środków prawnych, jak i w dyskusji na temat porównywalności. Dlatego też moja sugerowana odpowiedź na pytanie pierwsze, zawarta w tej sekcji, jest odpowiedzią ogólną, dotyczącą jedynie (abstrakcyjnej) oceny porównywalności przepisów. Konsekwencje, jakie tego typu potencjalne ustalenie miałoby w odniesieniu do konkretnego, indywidualnego przypadku, zostały omówione przy pytaniu czwartym (sekcja F).

39. Po drugie, z punktem tym wiąże się kwestia prawa właściwego. W przypadku pytań, czy art. 21 ust. 1 karty i art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 wykluczają przepis prawa krajowego, Trybunał dokonywał już w przeszłości oceny merytorycznej zgodności z tym przepisem dyrektywy i faktycznie rozszerzył tę analizę na art. 21 ust. 1 karty [12]. W istocie, w przypadku kwestii abstrakcyjnej kontroli

10 Ogólnie ostatnio zob. na przykład wyroki: z dnia 5 lipca 2017 r., Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, pkt 29–31); z dnia 12 grudnia 2013 r., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, pkt 31), z tą oczywiście różnicą, że w kontekście karty uzasadnienie takie musi być zgodne z art. 52 ust. 1, natomiast w kontekście dyrektywy 2000/78 musi być zgodne z art. 2 ust. 5.

11 Rozróżnienie między tymi dwiema korzyściami omawiam w pkt 40–44 i 82–86 poniżej.

12 Ostatnio na przykład wyrok z dnia 19 lipca 2017 r., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, pkt 16–18, 47).

zgodności oba źródła prawa Unii mają oczywiście zastosowanie [13]. Z tych względów oba zostaną uwzględnione równolegle przy odpowiedzi na pytania od pierwszego do trzeciego sądu odsyłającego. Natomiast w kontekście odpowiedzi na pytanie czwarte sytuacja staje się nieco bardziej skomplikowana.

40. Po trzecie, analizę dyskryminacji należy przeprowadzić „w odniesieniu do danego świadczenia" [14]. W niniejszej sprawie członkom czterech Kościołów przyznawane są różne „korzyści" (a odmawia się ich osobom nienależącym do tej grupy), a mianowicie: (a) płatny ustawowo wolny od pracy dzień i (b) dodatkowe wynagrodzenie w przypadku, gdy członek Kościoła świadczy pracę w tym dniu.

41. Moim zdaniem dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy konieczne jest jedynie odniesienie się do dyskryminacyjnego charakteru dodatkowego wynagrodzenia. W istocie z opisu okoliczności faktycznych zawartego we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że w sprawie w postępowaniu głównym przed sądem krajowym skarżący *nie domaga się płatnego ustawowo wolnego od pracy dnia w Wielki Piątek*. Domaga się on *dodatkowego wynagrodzenia* za świadczenie pracy w tym dniu.

42. Zatem mniej korzystnym traktowaniem [15] będącym przedmiotem skargi, i w odniesieniu do którego należy przeprowadzić analizę dyskryminacji, jest konkretnie brak zapłaty dodatkowego wynagrodzenia. Również w tym sensie rozumiem pierwsze z zadanych przez sąd odsyłający pytań, które odnosi się konkretnie do art. 7 ust. 3 i art. 9 ust. 5 ustawy o czasie wolnym od pracy łącznie (ustanawiających podwójne wynagrodzenie dla pracowników, którzy świadczą pracę w dniu ustawowo wolnym od pracy), a nie do art. 7 ust. 3 i art. 9 ust. 1 ustawy o czasie wolnym od pracy (przewidujących prawo do wynagrodzenia, także jeśli nie świadczy się pracy w dniu ustawowo wolnym od pracy).

43. Całkowicie rozumiem, że wszystkie te przepisy łączą się ze sobą w prawie krajowym. Jeżeli dzień został uznany za dzień ustawowo wolny od pracy zgodnie z prawem krajowym, zastosowanie znajduje cały system dotyczący dni ustawowo wolnych od pracy, w tym zarówno prawo do wynagrodzenia za ten dzień także jeśli nie świadczy się pracy i prawo do podwójnej wypłaty dla pracowników, którzy w tym dniu świadczą pracę (dodatkowe wynagrodzenie). Jednakże właśnie to stanowi część problemu: jeżeli pewne korzyści czy uprawnienia zostały połączone ze sobą wskutek działania prawa krajowego, z takim samym uzasadnieniem, trudne staje się ich późniejsze rozdzielenie i pominięcie pełni skutków, jakie prawo krajowe przypisuje ich funkcjonowaniu.

44. Dla uzupełnienia wywodu powrócę jednak do kwestii płatnego ustawowo wolnego od pracy dnia na końcu tej sekcji [16].

2. Kogo należy porównać: jednostki czy grupy?

45. Skarżący, pozwana, rząd austriacki i Komisja faktycznie zaproponowali porównanie tych samych grup, a mianowicie (i) członków czterech Kościołów oraz (ii) skarżącego *jako osoby niebędącej członkiem żadnego z tych czterech Kościołów*.

46. Jednak poza tą zgodnością w podstawowym zakresie zaczęły pojawiać się różnice. W szczególności wyrażono rozbieżne opinie co do tego, czy należy porównywać indywidualnego skarżącego jako jednostkę czy też skarżącego jako przedstawiciela grupy.

13 Bardziej szczegółowo zob. moja opinia w sprawie Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:235, pkt 20–36).

14 Wyrok z dnia 19 lipca 2017 r., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, pkt 25). Zobacz także wyrok z dnia 1 października 2015 r., O (C-432/14, EU:C:2015:643, pkt 32).

15 W rozumieniu etapu (i) analizy dyskryminacji przedstawionej w pkt 32 powyżej.

16 W pkt 82–86 poniżej.

47. W swoich pisemnych uwagach Komisja najpierw porównuje skarżącego do członków czterech Kościołów. Następnie przechodzi do porównania hipotetycznych grup innych pracowników w Austrii do członków czterech Kościołów, stwierdzając, że do sądu krajowego należy ustalenie, czy ustawodawstwo krajowe prowadzi w takich przypadkach do dyskryminacji. Pozostałe strony także rozciągają porównanie poza skarżącego. Na przykład pozwana porównuje członków czterech Kościołów do „większości" pracowników, którzy mogą wykonywać praktyki religijne (o ile są wyznawcami jakiejś religii) w dni ustawowo wolne od pracy, które zostały już przyznane.

48. Komisja stwierdziła następnie, że przyznanie płatnego dnia ustawowo wolnego od pracy członkom czterech Kościołów *nie* powoduje dyskryminacji *skarżącego*, co do którego Komisja założyła, że jest on ateistą. Wyznanie skarżącego nigdy nie zostało wyraźnie określone w postępowaniu przed Trybunałem w inny sposób niż poprzez stwierdzenie, że nie jest on członkiem żadnego z czterech Kościołów.

49. Rozumowanie Komisji zwraca uwagę na interesującą kwestię. Komisja odchodzi od kontroli zgodności przedstawionych w postanowieniu odsyłającym środków krajowych z prawem Unii i przygląda się szczególnemu przypadkowi skarżącego. Czyniąc to, przyczynia się ona do podkreślenia zasygnalizowanego już wcześniej zagadnienia [17]: kwestia istnienia dyskryminującego środka zakazanego na gruncie prawa Unii (która jest przedmiotem pierwszego pytania sądu odsyłającego i przedmiotem ogólnej, abstrakcyjnej kontroli zgodności) jest kwestią, którą najlepiej byłoby oddzielić od skutków tego rodzaju dyskryminacji ustawowej w indywidualnym przypadku (co stanowi przedmiot pytania czwartego) [18].

50. Logika ta znajduje systemowe oparcie w sprawach, w których Trybunał został poproszony o ocenę przypadków dyskryminacji ustawowej. Orzecznictwo rozróżnia pomiędzy „dyskryminacją wynikającą bezpośrednio z przepisów ustawowych lub zbiorowych układów pracy" a „dyskryminacją przez pracodawcę w tym samym zakładzie". Innymi słowy, dyskryminacją pochodzącą ze strony *prawodawcy* a tą pochodzącą ze strony *pracodawcy* [19].

51. W niniejszej sprawie zarzucana dyskryminacja ma swoje źródło w przepisach ustawowych i do Trybunału zwrócono się o dokonanie oceny zgodności takich przepisów z prawem Unii. W tego rodzaju sytuacji porównanie przeprowadzone przez Trybunał faktycznie wykorzystuje jako punkt wyjścia dla swojej analizy grupy określone w ustawodawstwie. Okoliczność, że indywidualny skarżący jest członkiem takiej grupy, jest oczywiście istotna dla określenia jednej z grup, które będą porównywane. Indywidualna sytuacja takiego skarżącego może także ilustrować rzeczywiste funkcjonowanie ocenianych ogólnych zasad w indywidualnych przypadkach. Jednakże pozostaje faktem, że przy tego rodzaju abstrakcyjnej kontroli w przypadku dyskryminacji ustawowej ramy dla analizy porównawczej stanowią grupy osób, a nie pojedyncze osoby.

52. Tak było na przykład w przypadku wyroków Mangold i Kücükdeveci, dotyczących dyskryminacji ze względu na wiek [20]. Skarżący w tych sprawach twierdzili, że byli dyskryminowani ze względu na swój wiek. Krajowe prawo pracy przyznawało *osobom w ich grupie wiekowej* mniejszą ochronę niż ta, którą otrzymywały *inne grupy wiekowe*. Ich pracodawcy stosowali te niższe standardy wobec skarżących. Trybunał orzekł, że takie *ustawodawstwo krajowe* jest dyskryminujące i sprzeczne z prawem Unii.

17 Punkty 37 i 38 niniejszej opinii.

18 Zobacz w tym względzie wyrok Feryn, gdzie źródłem dyskryminacji była polityka pracodawcy w zakresie zatrudniania imigrantów, a *identyfikacji ofiar nie uznano za konieczną* dla wykazania istnienia dyskryminacji (wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., C-54/07, EU:C:2008:397, pkt 40).

19 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 8 kwietnia 1976 r., Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, pkt 40); z dnia 17 września 2002 r., Lawrence i in. (C-320/00, EU:C:2002:498, pkt 17).

20 Wyroki: z dnia 22 listopada 2005 r., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709); z dnia 19 stycznia 2010 r., Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

Czyniąc to, Trybunał nie porównywał sytuacji każdego ze skarżących z sytuacją ich współpracowników. Porównanie w praktyce dotyczyło traktowania mniej uprzywilejowanych wiekowych grup z grupami wiekowymi bardziej uprzywilejowanymi (innymi słowy, grup abstrakcyjnie określonych w zaskarżonych przepisach ustawowych) [21].

53. Podejście, jakie przyjmuje Trybunał w takich przypadkach, uwydatnia fakt, że analiza prawna ma wyraźnie charakter ogólnej i abstrakcyjnej *kontroli zgodności* przepisów prawa krajowego z prawem Unii, a nie dochodzenia w sprawie dyskryminacji konkretnie ze strony indywidualnego pozwanego pracodawcy między skarżącym i jego współpracownikami [22].

54. Moim zdaniem w niniejszej sprawie istotne jest, aby kwestie te mieć na uwadze. Wynika to z faktu, że oprócz kwestii zgodności sąd odsyłający wyraźnie zwraca się w pytaniu czwartym o to, jak w sposób konkretny i praktyczny zadośćuczynić dyskryminacji. Pytanie to postawi w centrum uwagi kwestię „źródła" dyskryminacji oraz kwestię podmiotu, który „jest odpowiedzialny za nierówne traktowanie i który mógłby przywrócić równość traktowania [23]".

3. Jakie grupy: cechy charakterystyczne podstawą porównania?

55. Jak wskazałem, większość zainteresowanych stron, które przedstawiły swoje stanowiska, stawiała pytanie, czy wnioskodawca znajdował się w sytuacji podobnej do sytuacji członków czterech Kościołów. Porównanie to zostało jednak przeprowadzone poprzez odniesienie do różnych właściwości w stosunku do innego punktu odniesienia. Rozróżnienie to z kolei tworzy inny zbiór porównywalnych grup.

56. Najogólniej rzecz biorąc, strony zaproponowały trzy możliwości, w zależności od poziomu abstrakcji:

(i) pracownicy, dla których Wielki Piątek jest najważniejszym świętem religijnym w roku („wąska grupa odniesienia", zasadniczo stanowisko rządu austriackiego i pozwanego). Jeżeli przyjmiemy taką wąską grupę odniesienia, a także opierając się na wyjaśnieniach skarżącego na rozprawie, skarżący nie znalazłby się w sytuacji podobnej do sytuacji członków czterech Kościołów. Wykluczałoby to porównywalność i oznaczałoby, że nie istnieje dyskryminacja;

(ii) pracownicy, dla których istnieje „szczególne święto" (religijne), które nie pokrywa się żadnym innym dniem ustawowo wolnym od pracy już uznanym na mocy prawa krajowego („pośrednia grupa odniesienia", zasadniczo stanowisko Komisji). Przyjęcie tej grupy odniesienia nie daje jasności, czy skarżący byłby w sytuacji podobnej do członków czterech Kościołów, gdyż jego przekonania religijne nie są znane. Ostatecznie byłoby to kwestią faktyczną do ustalenia przez sąd krajowy;

21 Zarówno w sprawie Mangold, jak i w sprawie Kücükdeveci (a także w niniejszej sprawie) skarżący należeli do grup mniej uprzywilejowanych. W odniesieniu do podobnego podejścia, lecz przy mniejszej pewności co do tego, czy sporny środek jest faktycznie (jedynie) korzystny, czy też (jedynie) szkodliwy dla danej grupy, zob. wyrok z dnia 19 lipca 2017 r., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

22 Kontrastuje to z podejściem przyjętym w sprawach, w których dyskryminacja pochodzi od pracodawcy i w wielu przypadkach istnieje konieczność określenia konkretnych grup współpracowników doznających bardziej korzystnego traktowania dla celów dokonania jakiegokolwiek porównania. Zobacz podobnie wyroki: z dnia 17 września 2002 r., Lawrence i in. (C-320/00, EU:C:2002:498); z dnia 13 stycznia 2004 r., Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18).

23 Wyroki: z dnia 17 września 2002 r., Lawrence i in. (C-320/00, EU:C:2002:498, pkt 17, 18); z dnia 13 stycznia 2004 r., Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, pkt 45, 46). Rozróżnienie to ma oczywisty wpływ na kwestię dostępnych środków zaradczych, omówionych szczegółowo w pkt 172–196 poniżej.

(iii) pracownicy świadczący pracę w Wielki Piątek, odróżniający się od innych pracowników ze względu na religię, jeżeli chodzi o wynagrodzenie za ten dzień („szeroka grupa odniesienia", zasadniczo stanowisko skarżącego w niniejszej sprawie). Jeżeli przyjąć taka grupę odniesienia, skarżący byłby w sytuacji podobnej do pracujących w Wielki Piątek członków czterech Kościołów. Wskazywałoby to co do zasady na istnienie dyskryminacji.

57. Przed omówieniem właściwej grupy odniesienia w niniejszej sprawie należy przeanalizować szerszą kwestię. W swoich pytaniach na piśmie skierowanych do stron w niniejszej sprawie Trybunał zapytał, czy co do zasady można bezpośrednio odmówić porównywalności ze względu na zarzucaną podstawę wyraźnie wymienioną w art. 21 ust. 1 karty i art. 1 dyrektywy 2000/78 (w niniejszej sprawie: religię).

58. W sprawach dotyczących odmiennego traktowania bezpośrednio związanego z samą zarzucaną podstawą Trybunał konsekwentnie przyjmuje istnienie dyskryminacji [24]. Jeżeli są one w ogóle badane, Trybunał zazwyczaj pobieżnie odnosi się do argumentacji o braku porównywalności w takich kontekstach [25].

59. Jednakże nie uważam, aby można było potwierdzić w sposób abstrakcyjny, że różnica w traktowaniu ze względu na zarzucaną podstawę *musi w każdym przypadku* być utożsamiana z dyskryminacją bezpośrednią [26]. Nie można całkowicie wykluczyć możliwości, że zarzucana podstawa sama może zaprzeczać porównywalności [27].

60. Przypuszczam, że – jak w wielu innych przypadkach – diabeł tkwi w poziomie szczegółowości, na jakim sformułowana została podstawa odmiennego traktowania. Zarzucana podstawa jest zawsze abstrakcyjna (na przykład zakaz dyskryminacji ze względu na religię). Natomiast przepisy ustanawiające ramy porównywalności w indywidualnych przypadkach są z natury rzeczy bardziej szczegółowe i często uwzględniają inne interesy i względy (takie jak przepisy dotyczące dni ustawowo wolnych od pracy i wynagrodzenia). Zatem, patrząc praktycznie, raczej rzadko będzie się zdarzać, aby zarówno zarzucana podstawa, jak i ramy porównywalności były sformułowane dokładnie na tym samym poziomie abstrakcji i w dokładnie tym samym zakresie.

61. Mając to na uwadze, przywołane wyżej orzecznictwo wyraźnie potwierdza, że w przypadku gdy zarzucana podstawa jest przedstawiona w taki sposób, metaforyczne czerwone światło zaczyna pulsować. Wniosek o braku porównywalności jest wyjątkiem. O ile nie istnieje jasny i przekonujący argument, że omawiane grupy są całkowicie różne, i to w sposób, który czyni zbędną jakąkolwiek potrzebę dyskusji na temat konieczności lub proporcjonalności środka, różnice w traktowaniu powinny być rozstrzygane na szczeblu „uzasadnienia", a nie (braku) „porównywalności".

62. To pokrywanie się kwestii porównywalności i kwestii uzasadnienia, powodujące, że niniejsze ramy analizy dyskryminacji stają się wewnętrznie transgresyjne, jest widoczne także w niniejszej sprawie. Analiza dyskryminacji jest formalnie podzielona na różne etapy: badanie istnienia podobnych sytuacji; różnica w traktowaniu tych grup; i jeśli zostanie stwierdzona dyskryminacja (odmienne traktowanie

24 Wyroki: z dnia 8 listopada 1990 r., Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, pkt 12, 17); z dnia 8 listopada 1990 r., Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, pkt 13); z dnia 27 lutego 2003 r., Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, pkt 39); z dnia 1 kwietnia 2008 r., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, pkt 72). Tak jest oczywiście w przypadku, gdy zróżnicowane traktowanie jest wyraźnie oparte na zarzucanej podstawie (na przykład wyrok z dnia 5 lipca 2017 r., Fries, C-190/16, EU:C:2017:513, pkt 32–34). Jednakże tylko *powołanie* się przez dany środek na zarzucaną podstawę nie jest samo w sobie wystarczające dla stwierdzenia istnienia bezpośredniej dyskryminacji (zob. wyroki: z dnia 14 marca 2017 r., Bougnaoui i ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204, pkt 32; z dnia 14 marca 2017 r., G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, pkt 30). Trybunał przyjął podobne stanowisko w sytuacji, gdy zarzucana podstawa stanowi uzasadnienie dla wprowadzenia różnicy w traktowaniu (zob. na przykład wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., CEZ Razpredelenie Byłgarija, C-83/14, EU:C:2015:480, pkt 91) lub w praktyce dotyczy jedynie grupy, którą można zidentyfikować w oparciu o zarzucaną podstawę (na przykład wyrok z dnia 20 września 2007 r., Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, pkt 55).

25 Zobacz na przykład wyrok z dnia 19 lipca 2017 r., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, pkt 25–28). Natomiast tytułem przykładu, gdzie Trybunał stwierdził brak porównywalności, zob. wyrok z dnia 1 października 2015 r., O (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 W odniesieniu do innego punktu widzenia zob. opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie Bressol i in. (C-73/08, EU:C:2009:396, pkt 55).

27 Wyrok z dnia 1 października 2015 r., O (C-432/14, EU:C:2015:643, pkt 40).

porównywalnych sytuacji) – badanie możliwego uzasadnienia. Jednakże na wszystkich tych etapach padają podobne pytania dotyczące zakresu i znaczenia różnic w sytuacji i traktowaniu. Jeżeli różnice w sytuacji zostaną uznane za na tyle znaczące (mając na uwadze charakter i zakres różnic w traktowaniu w praktyce), porównywalność nie wystąpi. Jeżeli jednak różnice w sytuacji nie zostaną uznane za na tyle znaczące (do wniosku takiego łatwiej jest dojść, jeżeli różnica w traktowaniu już na pierwszy rzut oka wydaje się nieco zbyt wielka), mamy wtedy do czynienia z porównywalnością i z odmiennym traktowaniem i należy przejść do analizy uzasadnienia. W kontekście oceny uzasadnienia zasadnicze jest pytanie, czy różnice w traktowaniu porównywalnych z prawnego punktu widzenia sytuacji odpowiednio i rzetelnie odzwierciedlają faktyczne różnice w takich sytuacjach.

63. Mając powyższe na uwadze, przejdę obecnie do właściwego odniesienia w niniejszej sprawie.

4. Właściwe odniesienie w niniejszej sprawie

64. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „wymóg dotyczący porównywalności sytuacji do celów ustalenia, czy doszło do naruszenia zasady równego traktowania, należy oceniać w świetle wszystkich charakteryzujących te sytuacje czynników” [28]. Ponadto oceny tej porównywalności należy dokonać z uwzględnieniem celu realizowanego przez rozpatrywane przepisy krajowe [29].

65. W niniejszej sprawie rząd austriacki stwierdził, że Wielki Piątek jest najważniejszym religijnym świętem dla członków czterech Kościołów. *Celem* rozpatrywanego uregulowania krajowego jest umożliwienie tym osobom uczestnictwa w obchodzeniu święta religijnego w tym dniu, a więc uszanowanie ich wolności religii.

66. Orzecznictwo wymaga również, aby analiza porównywalności była prowadzona nie w sposób globalny i abstrakcyjny, lecz w sposób szczegółowy *„w odniesieniu do danego świadczenia”* [30].

67. Jak już wspomniano [31], przedmiotową korzyścią nie jest w niniejszej sprawie dzień wolny od pracy w Wielki Piątek, lecz dodatkowe wynagrodzenie. W świetle tej korzyści właściwa jest moim zdaniem szeroka grupa odniesienia.

68. W wyniku tej polegającej na dodatkowym wynagrodzeniu korzyści wybrana grupa osób pracujących w Wielki Piątek otrzymuje podwójną wypłatę konkretnie ze względu na wyznanie. Pozostałe osoby pracujące w tym dniu otrzymują normalną płacę, mimo że mogą one wykonywać dokładnie tę samą pracę. W świetle tej korzyści nie ma istotnych czynników rozróżniających pomiędzy tymi grupami. Poziomy wynagrodzenia i wiary są co do zasady niepowiązane.

69. Na wniosek taki nie ma moim zdaniem wpływu to, że ustawodawstwo krajowe ma na celu ochronę wolności wyznania i kultu religijnego. Po prostu nie widzę powodu, dla którego podwójna wypłata w danym dniu dla określonej przez religię grupy pracowników miałaby mieć cokolwiek wspólnego z tym celem. W istocie można byłoby twierdzić – aczkolwiek nie bez szczypty cynizmu – że prawo do podwójnego wynagrodzenia dla członków czterech Kościołów, którzy pracują w Wielki Piątek, stanowi zachętę ekonomiczną, by *nie* uprawiać kultu religijnego.

28 Wyrok z dnia 1 października 2015 r., O (C-432/14, EU:C:2015:643, pkt 31).

29 Wyrok z dnia 1 października 2015 r., O (C-432/14, EU:C:2015:643, pkt 33).

30 Wyroki: z dnia 1 kwietnia 2008 r., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, pkt 42); z dnia 10 maja 2011 r., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, pkt 42); z dnia 12 grudnia 2013 r., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, pkt 33); z dnia 1 października 2015 r., O (C-432/14, EU:C:2015:643, pkt 32).

31 Punkty 40–43 powyżej.

70. Można odpowiedzieć, że członkowie czterech Kościołów, którzy pracują w Wielki Piątek, są w rzeczywistości w innej sytuacji, ponieważ praca w tym dniu jest dla nich szczególnym obciążeniem. W tym względzie rozumiem, że istnieją pewne sektory, w których pracodawcy mogą wymagać nawet od członków czterech Kościołów, aby pracowali w Wielki Piątek. Jednakże, jak wskazałem powyżej, istotnym pytaniem w niniejszej sprawie zgodnie z orzecznictwem Trybunału jest to, czy sytuacje są porównywalne przy uwzględnieniu *celu* prawa krajowego (którym, jak rozumiem, jest ochrona wolności religii, a nie przyznanie rekompensaty z tytułu jej rzekomego nieprzestrzegania) *oraz określonych korzyści*. Ponadto należy również przypomnieć, że art. 9 ust. 5 ustawy o czasie wolnym od pracy przewiduje dodatkowe wynagrodzenie dla osób pracujących w dni ustawowo wolne od pracy, *niezależnie od tego, czy dzień ustawowo wolny od pracy został przyznany ze względów religijnych*.

71. W związku z powyższym uważam, że w świetle korzyści polegającej na dodatkowym wynagrodzeniu, i mając na uwadze cel właściwych przepisów prawa krajowego, wszyscy pracownicy zatrudnieni w Wielki Piątek, których się wyróżnia ze względu na religię w odniesieniu do wynagrodzenia z tytułu tego dnia, są porównywalni.

72. W kwestii porównywalności pragnę dodać kilka dalszych uwag.

73. Po pierwsze, należy jasno stwierdzić, że oczywiście nie kwestionuję szczególnego znaczenia Wielkiego Piątku dla członków czterech Kościołów. Jest to szczególny element, który wyraźnie odróżnia ich od osób, dla których Wielki Piątek nie ma takiego znaczenia. Jednakże moim zdaniem cecha ta ma różne znaczenie dla różnych rodzajów środków: przyznanie wolnego czasu w tym dniu; przyznanie dnia wolnego, ale odliczanie go od rocznego urlopu; przyznanie płatnego dnia wolnego oraz dodatkowa płatność za świadczenie pracy w tym dniu. W niniejszej sprawie przedmiotową korzyścią jest korzyść polegająca na dodatkowym wynagrodzeniu. W świetle tej korzyści członkowie czterech Kościołów pracujący w Wielki Piątek mogą nie być w sytuacji *identycznej* jak sytuacja, w której znajdują się inni pracownicy, lecz znaczenie ich religii nie jest z pewnością takie, aby ich sytuacje stały się nieporównywalne [32].

74. Po drugie, ocena porównywalności w prawie Unii przyjmuje za punkt wyjścia cele i kategorie ustanowione w prawie krajowym. Jednakże te cele i kategorie i nie mogą same w sobie być rozstrzygające i kluczowe. Jak argumentowałem w innej sprawie [33], gdyby było inaczej i kwestia porównywalności byłaby intelektualnie z góry określona przez kategorie ustanowione w ustawodawstwie krajowym, to ustawodawstwo krajowe samo określałoby zbiór możliwych porównań poprzez zakres swego stosowania. Ocena taka miałaby charakter błędnego koła, bez rzeczywistej możliwości przeprowadzenia kontroli.

75. W niniejszej sprawie w analizie porównywalności waga celów i kategorii ustanowionych w prawie krajowym jest moim zdaniem znacznie zmniejszona w szczególności poprzez dysonans między zadeklarowanym celem, jakim jest ochrona prawa do praktykowania religii w Wielki Piątek, a większą korzyścią ekonomiczną za pracę w tym dniu.

32 Wyrok z dnia 19 lipca 2017 r., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, pkt 25).

33 Zobacz moja opinia w sprawie MB (C-451/16, EU:C:2017:937, pkt 47).

76. Po trzecie, w niniejszej sprawie ustawodawstwo krajowe jest niewątpliwie specjalnie dostosowane. Określa ono cele i kategorie, które wyróżniają dla szczególnego traktowania osoby należące do określonych (i w całym społeczeństwie austriackim wydaje się, że raczej małych) ugrupowań chrześcijańskich [34]. Samo w sobie jest to powodem dla zachowania czujności. Jednakże gdyby założyć, że te wyjątkowo szczególne cechy mają takie znaczenie, że powodują, iż sytuacje członków czterech Kościołów stają się nieporównywalne, oznaczałoby to, że członkowie innych grup religijnych prawdopodobnie będą mieli również istotne cechy odróżniające te grupy od wszystkich pozostałych.

77. Dyskryminacja polega nie tylko na traktowaniu w różny sposób tych samych sytuacji, lecz także na traktowaniu w taki sam sposób sytuacji obiektywnie różnych. Jeżeli członkowie czterech Kościołów są uważani za posiadających odpowiednie cechy wyróżniające, co do zasady należy wtedy rozważyć indywidualnie każde wyznanie, aby określić, w jaki sposób członkowie tej religii powinni być traktowani w inny sposób, jeśli chodzi o dodatkowe (płatne) dni wolne od pracy i dodatkowe wynagrodzenie [35]. Jednakże nie jest to po prostu podejście przyjęte przez państwo austriackie. W uwagach na piśmie i w stanowisku ustnym państwa austriackiego zostało potwierdzone, że istnieje układ zbiorowy pracy przyznający dzień wolny od pracy wyznawcom judaizmu na Jom Kippur, co, jak się zdaje, ma zastosowanie tylko do niektórych sektorów gospodarki krajowej. W każdym razie jest to jedyna inna religia będąca przedmiotem takiego szczególnego traktowania [36].

78. Ta druga przyczyna stanowi też w końcu kolejny argument wyjaśniający, dlaczego należy odrzucić „wąską grupę odniesienia", jaką sugerują rząd austriacki i pozwana. Nawet przyjmując, że tylko członkowie czterech Kościołów mają obiektywną potrzebę uprawiania kultu religijnego w Wielki Piątek, co sprawia, że porównanie ich z innymi grupami religijnymi nie jest możliwe (ze względu na to, że żadna z nich nie miałaby przypuszczalnie takiej samej potrzeby uprawiania kultu religijnego w tym konkretnym dniu), i pomijając fakt, że dodatkowe wynagrodzenie zniechęca raczej niż zachęca do uprawiania tego kultu, pojawia się jasno kwestia *selektywności* środka, sytuując dyskryminację o jeden poziom wyżej. Co z innymi grupami lub wspólnotami religijnymi, które również mają ważne święta religijne, nieuwzględnione w wykazie istniejących dni ustawowo wolnych od pracy ujętym w art. 7 ust. 1 ustawy o czasie wolnym od pracy?

79. Trzymając się do końca tej logiki (nie)porównywalności, żadna z tych grup nie byłyby porównywalna do jakiejkolwiek innej, ponieważ mają one obiektywną potrzebę obchodzenia różnych świąt religijnych. Czy oznaczałoby to, że ustawodawca krajowy może zapewnić dni ustawowo wolne od pracy (prawdopodobnie również różnych długości) tylko niektórym z nich, odmawiając ich innym, potencjalnie w połączeniu z różnymi poziomami wynagrodzeń?

80. Z powyższych względów stwierdzam, że łączne stosowanie przepisów takich jak art. 7 ust. 3 i art. 9 ust. 5 ustawy o czasie wolnym od pracy skutkuje traktowaniem skarżącego w sposób mniej korzystny niż członków czterech Kościołów, którzy otrzymują podwójne wynagrodzenie, jeśli świadczą pracę w Wielki Piątek. Wynikające z tego nierówne traktowanie jest bezpośrednio związane z religią [37].

34 W swoich uwagach na piśmie i wystąpieniach podczas rozprawy rząd austriacki wskazał, że historycznie członkowie czterech Kościołów stanowili mniejszość w Austrii, która to mniejszość, w przeciwieństwie do katolickiej większości, nie miała dnia ustawowo wolnego od pracy w dniu swojego najważniejszego święta religijnego. W czasie gdy wprowadzony został art. 7 ust. 3, możliwe, że członkowie czterech Kościołów stanowili większość niekatolickiej ludności. Jednakże, jak potwierdzono we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, nie stanowią oni całej niekatolickiej populacji Austrii, która obejmuje także inne wyznania.

35 Jako przykład jednakowego traktowania sytuacji, które mogą jednak być zróżnicowane ze względów religijnych, zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (wielka izba) z dnia 6 kwietnia 2000 r. w sprawie Thlimmenos przeciwko Grecji (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

36 Zobacz na przykład wyrok z dnia 1 października 2015 r., O (C-432/14, EU:C:2015:643, pkt 38). W tej sprawie Trybunał rozważał porównywalność „młodzieży" studiującej na uczelniach wyższych lub uczącej się w szkołach z innymi pracownikami. Stwierdził on, że grupy te nie są porównywalne. Miał przy tym na uwadze cele ustawodawstwa krajowego, ale oczywiście uwzględnił także spójność argumentacji i traktowanie innych grup.

37 Zobacz podobnie opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, pkt 43).

81. Moim zdaniem nie ma znaczenia, iż brzmienie art. 9 ust. 5 ustawy o czasie wolnym od pracy jest w istocie pozornie neutralne, gdyż z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wyraźnie wynika, że prawo do dodatkowego wynagrodzenia na podstawie tego przepisu zostaje uruchomione przez art. 7 ust. 3 tej ustawy. Przepis ten nie jest neutralny, lecz wyraźnie dokonuje rozróżnień ze względu na religię. Wynikająca z tego różnica w traktowaniu stanowi dyskryminację w rozumieniu art. 21 ust. 1 karty i bezpośrednią dyskryminację w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78.

5. Korzyść polegająca na płatnym wolnym od pracy dniu

82. Powyższa analiza koncentruje się na zagadnieniu dyskryminacji w świetle korzyści, jaką jest dodatkowe wynagrodzenie. W poprzedniej sekcji niniejszej opinii starałem się wyjaśnić, dlaczego właśnie ta korzyść, która jest ostatecznie przedmiotem postępowania głównego, powinna zostać wzięta pod uwagę do celów porównywalności. Gwoli kompletności krótko ustosunkuję się do korzyści, jaką jest płatny wolny od pracy dzień, oraz do tego, w jaki sposób potencjalne skupienie się na tej korzyści zmieniałoby ramy porównywalności.

83. Jak już wspomniałem, znaczenie Wielkiego Piątku dla członków czterech Kościołów ma różną wagę w kontekście analizy porównywalności, jeżeli zostanie ona odniesiona do różnego rodzaju korzyści [38]. Udzielenie (bezpłatnego) wolnego czasu tego dnia jest zdecydowanie bardziej spójne z deklarowanym celem polegającym na ochronie wolności wyznania niż dodatkowe wynagrodzenie. Obowiązek *wynagradzania* pracowników nieobecnych w Wielki Piątek ze względu na uprawianie kultu religijnego oddala się nieco od precyzyjnego celu wyrażonego przez rząd austriacki, ale zapewne pozostaje ściślej powiązany z tym pierwotnym celem niż dodatkowe wynagrodzenie [39].

84. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że jeżeli kwestia dotyczyłaby jedynie korzyści polegającej na płatnym wolnym od pracy dniu, istnieje solidne uzasadnienie przemawiające za zastosowaniem pośredniej grupy odniesienia, za czym faktycznie optowała Komisja.

85. Jednakże pozostaje faktem, co należy podkreślić raz jeszcze, że w postępowaniu głównym skarżący nie domaga się płatnego wolnego od pracy dnia w Wielki Piątek. Nie domaga się on też żadnego innego szczególnego dnia, który mógłby zostać uznany za objęty tym samym systemem, a tym samym uwzględnienia jego szczególnych i odmiennych przekonań religijnych. Tym, czego żąda, jest dodatkowe wynagrodzenie z tytułu świadczenia pracy w Wielki Piątek, co ma usunąć dyskryminację ze względu na religię w zakresie wynagrodzenia.

86. Zatem, przy całej świadomości ogólnego celu tego środka, a także faktu, że płatny wolny od pracy dzień i dodatkowe wynagrodzenie stanowią tak naprawdę dwie strony tego samego medalu, sugerowana przez Komisję pośrednia grupa odniesienia [40] nie może być decydująca dla celów niniejszej sprawy. Ponadto z tych samych powodów co przedstawione powyżej w odniesieniu do dodatkowego wynagrodzenia [41] uważam, że odwołanie się do wąskiej grupy odniesienia, jak chcą tego rząd Austrii i pozwana, jest w każdym razie także wykluczone w odniesieniu do korzyści polegającej na płatnym dniu wolnym od pracy.

38 Punkty 40–43 i 73 powyżej.

39 W szczególności dla tych pracowników, dla których wzięcie dodatkowego dnia bezpłatnego urlopu jest trudne z finansowego punktu widzenia.

40 Nawet bez zagłębiania się w kwestie interpretacji pośredniej grupy odniesienia, które należałoby poruszyć, a które z pewnością nie są proste: co kwalifikuje się jako „szczególny" dzień? Czy istnieje prawnie ustanowiony próg duchowego lub religijnego znaczenia? Które religie powinny się kwalifikować i w istocie czy można tę kwestię przenieść do innych systemów religijnych, które mają wiele dni o wielkim znaczeniu? Jak postąpić w przypadku na przykład ateistów, którzy również mają dni o ogromnym dla nich znaczeniu? Czy katolikom należy odmówić dodatkowego dnia, ponieważ ze względów historycznych pewna liczba dni będących dla nich świętami jest już włączona do innych 13 ustawowo wolnych od pracy dni? Ponadto w trakcie rozprawy była także dyskutowana kwestia uwrażliwienia na konieczność ujawniania pracodawcy szczegółów własnych przekonań (religijnych) – co stanowi logiczną konsekwencję stosowania pośredniej grupy odniesienia.

41 Punkty 76–79 powyżej.

6. Wniosek w przedmiocie pytania pierwszego

87. Mając na uwadze powyższe, proponuję, aby Trybunał odpowiedział w następujący sposób na przedłożone przez sąd odsyłający pytanie pierwsze:

Wykładni art. 21 ust. 1 karty w związku z art. 1 i art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 należy dokonywać w taki sposób, że przepisy te stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym Wielki Piątek jest dniem wolnym od pracy z nieprzerwanym okresem odpoczynku w wymiarze co najmniej 24 godzin tylko dla członków Kościołów ewangelickich wyznania augsburskiego i helweckiego, Kościoła starokatolickiego i ewangelicko-metodystycznego, a w przypadku świadczenia pracy przez należącego do jednego z tych Kościołów pracownika, mimo iż dzień ten jest dniem wolnym od pracy, pracownik ten jest uprawniony do uzyskania, poza wynagrodzeniem za pracę, która nie musi być świadczona z uwagi na dzień wolny od pracy, wynagrodzenia za rzeczywiście świadczoną pracę, w sytuacji gdy innym pracownikom, którzy nie są członkami tych Kościołów, nie przysługuje takie uprawnienie.

D. W przedmiocie pytania drugiego

88. Zadając pytanie drugie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy środki na korzyść członków czterech Kościołów w zakresie, w jakim są one uznawane za dyskryminujące, mogą być uzasadnione na podstawie art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78.

89. Moim zdaniem nie mogą.

90. Tytułem uwagi wstępnej, w zakresie, w jakim w odpowiedzi na pytanie pierwsze zostało stwierdzone, że art. 21 ust. 1 karty w związku z art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 stoją na przeszkodzie omawianym środkom, ich uzasadnienie należy oceniać na podstawie, odpowiednio, art. 52 ust. 1 karty i art. 2 ust. 5 owej dyrektywy. Poza aspektem formalnym, iż przepis dyrektywy nie może przewidywać odstępstwa od przepisu karty, nie zmienia to faktu, że oba te przepisy zostały zredagowane za pomocą nieco odmiennych słów.

91. Jednakże dla celów niniejszej sprawy merytoryczna analiza na podstawie obu przepisów będzie podobna. Na podstawie obu przepisów powołanym uzasadnieniem jest „ochrona praw i wolności innych osób". Ponadto, jako odstępstwa od zakazu dyskryminacji, oba przepisy winny być interpretowane w sposób zawężający [42] i podlegają badaniu proporcjonalności [43].

92. Istnieją w szczególności trzy powody, które skłaniają mnie do stwierdzenia, że przyznanie korzyści polegającej na dodatkowym wynagrodzeniu *nie może* być uzasadnione ani na podstawie art. 52 ust. 1 karty, ani na podstawie art. 2 ust. 5 dyrektywy.

93. Po pierwsze, nie jest natychmiast oczywiste, że „ochrona praw i wolności innych osób" obejmuje oferowanie dodatkowego wynagrodzenia w przypadku ograniczenia tych swobód. Wydaje mi się, że nie jest to ochrona, lecz rekompensata za brak ochrony.

42 Zobacz wyroki: z dnia 13 września 2011 r., Prigge i in. (C-447/09, EU:C:2011:573, pkt 55, 56); z dnia 12 grudnia 2013 r., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, pkt 46).

43 Zobacz sformułowanie art. 21 ust. 1 karty i motyw 23 dyrektywy. Zobacz także wyrok z dnia 5 lipca 2017 r., Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, pkt 44).

94. Mimo to jednak w zakresie, w jakim co do zasady mogłoby tak być, przepisy odnoszą się konkretnie do „ochrony praw i wolności *innych osób*". W tym względzie okazuje się, że art. 2 ust. 5 został wprowadzony do dyrektywy w ostatniej chwili w wyniku nacisków ze strony Zjednoczonego Królestwa [44], a dowody wskazują, że przepis ten miał na celu ochronę *ogółu społeczeństwa* przed niemoralnymi praktykami niektórych grup [45].

95. Moje rozumienie tego przepisu byłoby podobne: pozwala on na odstępstwa w imię praw i wolności *innych*, rozumianych w sposób horyzontalny i przekrojowy, a więc praw i wolności reszty społeczeństwa. Byłoby to zgodne z logiczną strukturą odstępstwa: obciążenie lub niedogodność nałożone na określoną grupę mogą być przez nią zasadnie ponoszone, jeżeli jest to konieczne i proporcjonalne do ogólnego interesu ogółu społeczeństwa. Na tym etapie powinno mieć miejsce pewne wyważenie interesów między szczególnym (obciążeniem) a ogólnym (interesem).

96. Przyjęcie logiki, zgodnie z którą określeniem „inni" w pojęciu „ochrony praw i wolności *innych osób*" objęci są w rzeczywistości członkowie grupy, której omawiane uregulowanie przyznaje pewne korzyści, postawiłoby tę logikę na głowie. Całe rozumowanie zamieniłoby się w błędne koło, a każde szczególne uregulowanie byłoby uzasadnione przez sam fakt jego istnienia.

97. Po drugie, *wybiórczy* charakter art. 7 ust. 3 i art. 9 ust. 5 ustawy o czasie wolnym od pracy jest w każdym razie problematyczny z punktu widzenia proporcjonalności, a zwłaszcza jej pierwszego wymiaru – adekwatności. Mimo iż deklarowanym celem omawianych środków jest ochrona wolności wyznania, mają one zastosowanie tylko do określonych grup. Nie ma wzmianki o innych mniejszościach. Pragnę przypomnieć, że w ramach oceny proporcjonalności dyskryminującego środka krajowego Trybunał zwraca uwagę na jego spójność w odniesieniu do wskazanego celu. W związku z tym orzekł on, że „ustawodawstwo jest właściwe do zapewnienia realizacji wskazanego celu, tylko jeśli rzeczywiście odzwierciedla ono troskę o realizację tego celu *w sposób spójny i systematyczny*, oraz że odstępstwa od przepisów ustawy mogą w pewnych sytuacjach naruszać jej spójność" [46]. Choć prawdą jest, że właściwe przepisy prawa krajowego w niniejszej sprawie nie zawierają wyjątków, które wykluczałyby określone grupy, praktyczny skutek bardzo wąskiego zakreślenia tego prawa jest ten sam. Wyłącza ono wszystkich poza członkami czterech Kościołów.

98. Problemu selektywności nie rozwiązuje przyznanie dni wolnych z powodów religijnych na mocy innych przepisów. W tym względzie prawdą jest, że w Austrii istnieje na przykład układ zbiorowy przyznający wyznawcom judaizmu dzień wolny na Jom Kippur, a jednocześnie istnieje obowiązek dbałości pracodawców o interesy pracowników [47].

99. Jednakże w odniesieniu do układu zbiorowego rząd austriacki w pisemnej odpowiedzi na pytania Trybunału potwierdził, że układ ten nie ma zastosowania we wszystkich sektorach, i co więcej, ma on tylko zastosowanie do członków specyficznej religijnej grupy. W odniesieniu do obowiązków dbałości o interesy pracowników moim zdaniem prawo pracownika do proaktywnego żądania wolnych godzin w celu uprawiania kultu religijnego po prostu nie może być porównywane z prawem do płatnego dnia wolnego od pracy ustanowionego w ustawodawstwie krajowym lub w układach zbiorowych. Patrząc bardziej ogólnie, nawet jeśli wyznawcy innych religii mogą na życzenie i z zastrzeżeniem wyrażenia zgody przez pracodawcę otrzymać czas wolny do celów uprawiania kultu religijnego, nie istnieje ogólne automatyczne prawo do dodatkowego wynagrodzenia o charakterze finansowym, w przypadku gdy pracownik faktycznie nie skorzysta z tego czasu wolnego.

44 Zobacz na przykład E. Ellis, P. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd ed., Oxford EU Law Library 2012, s. 403.

45 Opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie Bougnaoui i ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553, przypis 99).

46 Wyrok z dnia 5 lipca 2017 r., Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, pkt 48).

47 Określony w art. 8 ustawy o czasie wolnym od pracy.

100. Po trzecie, nie istnieje oczywisty związek między ochroną wolności religii a prawem do dodatkowego wynagrodzenia w przypadku świadczenia pracy w Wielki Piątek. Z tych samych powodów uważam, że przyznanie dodatkowego wynagrodzenia członkom czterech Kościołów, którzy świadczą pracę w Wielki Piątek, nawet jeżeli stosowane w taki selektywny sposób, jest nieproporcjonalne w tym sensie, że *nie jest właściwe* dla osiągnięcia celów ochrony wolności religijnej zgodnie z art. 52 ust. 1 karty i art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78. Co więcej, trudno jest zrozumieć, w jaki sposób podwójne wynagrodzenie za *nieuczestniczenie* w praktykach religijnych w Wielki Piątek miałoby być odpowiednim środkiem do osiągnięcia celu (nawet przyznanej selektywnie) ochrony wolności religii i wyznania.

101. Wreszcie, należy zauważyć, że chociaż powyższe rozważania koncentrują się na dodatkowym wynagrodzeniu, rozumowanie w pkt 97 i 98 dotyczące selektywności środka w świetle korzyści polegającej *na płatnym wolnym od pracy dniu* ma również zastosowanie i wyklucza uzasadnienie dyskryminującego charakteru takiej korzyści.

102. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na przedstawione przez sąd odsyłający pytanie drugie:

W okolicznościach takich jak w niniejszej sprawie uregulowanie krajowe, które przyznaje dodatkowe wynagrodzenie, o którym mowa w pytaniu pierwszym, jedynie członkom niektórych Kościołów, świadczącym pracę w Wielki Piątek, nie stanowi środka koniecznego w społeczeństwie demokratycznym do tego, aby by chronić prawa i wolności innych osób w rozumieniu dyrektywy 2000/78.

E. W przedmiocie pytania trzeciego

103. Zadając pytanie trzecie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy środki na korzyść członków czterech Kościołów objęte są zakresem pojęcia „działania pozytywnego” w rozumieniu art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78 w związku z art. 21 ust. 1 karty.

104. Moim zdaniem nie są.

105. Na wstępie pragnę zauważyć, że dokładny związek między art. 21 ust. 1 karty a art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78 nie jest natychmiast jednoznaczny. W szczególności dyskusja, czy działania pozytywne stanowią (tymczasowe) odstępstwo od zasady równego traktowania, czy też są w istocie nieodłącznym elementem prawdziwie merytorycznej wizji równości, jest daleka od rozstrzygnięcia. Jednakże do celów niniejszej opinii analizowanie tego rodzaju głębokich zagadnień nie wydaje mi się niezbędne.

106. W kontekście niniejszej sprawy rząd austriacki podniósł, że omawiane środki mogłyby być interpretowane jako mieszczące się w definicji działania pozytywnego w tym sensie, że zostały przyjęte w celu zrekompensowania mniej korzystnego traktowania w przeszłości. Według uwag na piśmie przedstawionych przez rząd austriacki członkowie czterech Kościołów, w odróżnieniu od katolickiej większości, nie mieli prawa do dnia wolnego, aby móc obchodzić swoje najważniejsze w roku święto religijne, i godzili się z taką sytuacją przez wiele lat, zanim wniesiono o uzyskanie takiego prawa i zostało ono ustanowione w latach 50.

107. Rzeczywiście, prawdą jest, że „działanie pozytywne” nie ma jasnej definicji w prawodawstwie ani w orzecznictwie. Zatem na pierwszy rzut oka zakres tego pojęcia nie ma ograniczenia zarówno pod względem merytorycznym, jak i czasowym. Na tym poziomie można w istocie zasugerować, że zamiar „zrekompensowania za niedogodności, u podstaw których leży jedna z przyczyn określonych w art. 1” może także obejmować zamiar zrekompensowania za (nawet kilkaset lat) byłego prześladowania na tle religijnym.

108. To powiedziawszy, muszę przyznać, że nawet z chronologicznego punktu widzenia wydaje się raczej wątpliwe, czy środek przyjęty w latach 50. rzeczywiście miał stanowić „działanie pozytywne" w znacznie bardziej współczesnym rozumieniu, jakie po raz pierwszy pojawiło się, z pewnością w prawie Unii, dopiero dziesiątki lat później. Takie przewidywanie wydaje się niemal cudem.

109. Jednak niezależnie od braku szczegółowości definicji i chronologii istnieją dwa ważne powody, dla których uważam, że dodatkowe wynagrodzenie nie może w żadnym razie stanowić „działania pozytywnego".

110. Po pierwsze, środek skierowany jest do bardzo konkretnej grupy, co ponownie otwiera dyskutowaną już kwestię jego *selektywności* i drugiego poziomu dyskryminacji [48]. Środki nie zostały przyjęte w celu zapewnienia pełnej równości wszystkich grup znajdujących się ogólnie w przeszłości w niekorzystnej sytuacji, czy też, bardziej szczegółowo, nieposiadających dnia wolnego od pracy w ważne święto, w przeciwieństwie do katolickiej większości.

111. Po drugie, każdy środek, który ma domniemanie wchodzić w zakres działań pozytywnych, musi w każdym razie być zgodny z zasadą proporcjonalności. Zostało to ostatnio ogólnie potwierdzone w odniesieniu do środków ograniczających wolność wyznania w świetle karty i dyrektywy 2000/78 [49]. Chociaż orzecznictwo Trybunału dotyczące stosowania pojęcia działań pozytywnych w kontekście prawa wtórnego nie oferuje analizy z punktu widzenia zasady proporcjonalności, jest jasne, że Trybunał bada środki zmierzając do ustalenia, czy są one niezbędne dla zneutralizowania postrzeganej niekorzystnej sytuacji [50]. Z tych samych powodów co przedstawione w odniesieniu do pytania drugiego [51] jestem zdania, że właściwe przepisy krajowe w żadnym wypadku nie mogą zostać uznane za proporcjonalne i, jako takie, objęte zakresem pojęcia działania pozytywnego w rozumieniu art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78.

112. Wreszcie, pragnę zauważyć, że chociaż powyższe rozważania znów koncentrują się na dodatkowym wynagrodzeniu, rozumowanie przedstawione w pkt 97, 98 i 101 w odniesieniu do selektywnego charakteru środka w świetle korzyści polegającej *na płatnym wolnym od pracy dniu* ma także zastosowanie i wyklucza traktowanie tej korzyści jako „działania pozytywnego".

113. W świetle powyższego proponuję, aby na pytanie trzecie sądu odsyłającego Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

Uregulowanie krajowe przyznające dodatkowe wynagrodzenie, o którym mowa w pytaniu pierwszym, nie stanowi działania pozytywnego w rozumieniu art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78.

F. W przedmiocie pytania czwartego

114. Zadając pytanie czwarte, sąd odsyłający faktycznie zmierza do ustalenia, w jaki sposób można naprawić naruszenie zakazu dyskryminacji, w szczególności jeżeli występuje ono w stosunkach między osobami prywatnymi. Przed odniesieniem się do kwestii, czy rozwiązaniem byłaby odmowa udzielenia wszystkim dnia wolnego od pracy i dodatkowego wynagrodzenia lub zastosowania ich wobec wszystkich, wstępne pytanie, częściowo uprzedzające tę odpowiedź, brzmi: co należy stosować w takich horyzontalnych stosunkach i z jakimi konsekwencjami?

115. Pewnych wskazówek dostarcza szereg zasad zawartych już w orzecznictwie Trybunału.

48 Podobnie jak w pkt 76–79 i pkt 97 i 98 powyżej.

49 Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 68).

50 Zobacz podobnie wyrok z dnia 11 listopada 1997 r., Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, pkt 31).

51 Punkt 100 powyżej.

116. Po pierwsze, dyrektywy jako takiej nie można powoływać przeciwko osobie fizycznej (na przykład pracodawcy z sektora prywatnego)[52]. W takich przypadkach środek odwoławczy pokrzywdzonego zasadniczo przybiera formę powództwa odszkodowawczego przeciwko państwu[53].

117. Po drugie, zakaz dyskryminacji ze względu na religię, zawarty w art. 21 ust. 1 karty, może – przynajmniej w niektórych przypadkach – zostać podniesiony „w związku z" dyrektywą 2000/78 przeciw osobie fizycznej, z tym skutkiem, że sąd krajowy zobowiązany jest powstrzymać się od stosowania wszelkich przepisów uznanych za niezgodne z tym zakazem. W tym znaczeniu połączenie art. 21 ust. 1 karty i dyrektywy tworzy *prawo do niebycia dyskryminowanym*, na które można powoływać się bezpośrednio przed sądami krajowymi, nawet w kontekście horyzontalnym. Ważne jest jednak, aby było jasne, że jest to skutkiem *pierwszeństwa* prawa Unii, a nie jego skutkiem bezpośrednim (sekcja 1 poniżej).

118. Po trzecie, moim zdaniem art. 21 ust. 1 karty nie ma „horyzontalnego skutku bezpośredniego" w takim sensie, aby sam w sobie prowadził do określonego obowiązku po stronie prywatnego pracodawcy, który to obowiązek mógłby być bezpośrednio egzekwowany przez sądy krajowe wobec tego pracodawcy, w sytuacji gdy, jak w niniejszej sprawie, dyskryminacja ma swoje źródło w prawie krajowym (sekcja 2). Jednakże pokrzywdzony musi mieć możliwość wniesienia powództwa o odszkodowanie przeciwko państwu w celu przywrócenia tutaj stanu zgodnego z zasadą niedyskryminacji (sekcja 3).

1. Pierwszeństwo

a) Połączenie dyrektyw z przepisami karty

119. Trybunał w różny sposób rekompensował odmowę przyznania wymienionym powyżej dyrektywom horyzontalnego bezpośredniego skutku. Często odbywało się to poprzez obowiązek wykładni zgodnej[54]. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem obowiązek ten nie wymaga jednak od sądu krajowego dokonywania wykładni prawa krajowego contra legem. W niniejszej sprawie sąd krajowy wyraźnie wskazał, że wykładnia zgodna prawa krajowego nie jest możliwa.

120. Wobec tego rodzaju ograniczeń dla wykładni zgodnej Trybunał „połączył" swoją interpretację ogólnych zasad prawa[55] lub karty[56] z dyrektywą 2000/78, aby stwierdzić, że osoba fizyczna może powoływać się na to, co w praktyce stanowi materialną treść dyrektywy, w sporze z innym podmiotem prywatnym w celu uchylenia sprzecznych z prawem Unii przepisów krajowych.

121. W wyrokach Mangold, Kücükdeveci i DI[57] Trybunał ustalił, że odpowiednie przepisy krajowe były niezgodne z właściwymi przepisami *dyrektywy*. Następnie przeszedł do potwierdzenia, że prawo Unii „sprzeciwia się" takim przepisom prawa krajowego (wskutek czego sąd krajowy ma obowiązek ich „niestosowania", „uchylenia" lub „odmowy [ich] stosowania") w zakresie, w jakim są one sprzeczne z *ogólną zasadą*. W związku z tym sądy krajowe mają obowiązek interpretowania przepisów prawa krajowego „w taki sposób, aby mogły one być stosowane w sposób, który jest spójny z dyrektywą albo, jeśli taka wykładnia nie jest możliwa, odstąpienia, w razie potrzeby, od stosowania wszelkich przepisów

52 Wyroki: z dnia 14 lipca 1994 r., Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, pkt 20); z dnia 5 października 2004 r., Pfeiffer i in. C(-397/01-C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 108); z dnia 19 stycznia 2010 r., Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, pkt 46).

53 Wyrok z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428). W kontekście art. 21 ust. 1 karty w związku z dyrektywą 2000/78 zob. wyrok z dnia 15 stycznia 2014 r., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, pkt 50).

54 Wyroki: z dnia 5 października 2004 r., Pfeiffer i in. (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584); z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

55 Wyroki: z dnia 22 listopada 2005 r., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709); z dnia 19 stycznia 2010 r., Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

56 Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

57 Wyroki: z dnia 22 listopada 2005 r., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, pkt 77, 78); z dnia 19 stycznia 2010 r., Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, pkt 43, 51); z dnia 19 kwietnia 2016 r., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 27, 35).

prawa krajowego sprzecznych z ogólną zasadą zakazu dyskryminacji ze względu na wiek”[58]. Właściwa treść dyrektywy została zatem faktycznie przeniesiona do ogólnej zasady, a następnie ta „dookreślona” zasada została zastosowana w sporze pomiędzy podmiotami prywatnymi w celu stwierdzenia niezgodności przepisów prawa krajowego.

122. W wyroku Egenberger Trybunał stwierdził, że zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania, zapisany w art. 21 ust. 1 karty, „samoistnie przyznaje jednostkom prawo, na które mogą się one bezpośrednio powoływać w sporze dotyczącym jednej z dziedzin objętych prawem Unii”[59]. Stosując ten zakaz, sąd krajowy „musi w szczególności uwzględnić równowagę, jaką prawodawca Unii ustanowił między tymi interesami w dyrektywie 2000/78, aby określić, jakie obowiązki wynikają z karty”[60]. Innymi słowy, treść właściwych przepisów dyrektywy została faktycznie uznana za wynikającą w sposób dorozumiany z art. art. 21 karty. Sąd krajowy musi zagwarantować pełną skuteczność tego przepisu, „w razie konieczności poprzez odstąpienie od stosowania wszelkich przepisów prawa krajowego, które stoją z nim […] w sprzeczności”[61]. Ten sam tok rozumowania został zastosowany mutatis mutandis w odniesieniu do art. 47 karty.

123. W wyroku Association de médiation sociale[62] Trybunał przyznał jednak, że istnieją ograniczenia tego rodzaju przenoszenia treści dyrektyw do ogólnych zasad i przepisów karty dla celów ich stosowania w stosunkach horyzontalnych. Sprawa ta dotyczyła dyrektywy 2002/14, która wymaga utworzenia reprezentacji pracowników w przedsiębiorstwach zatrudniających powyżej 50 pracowników[63]. Artykuł 3 ust. 1 określa próg „50 pracowników” i w zakresie istotnym dla niniejszej sprawy sprawa zasadniczo dotyczyła definicji pojęcia „pracownika” w tym rozumieniu. Trybunał uznał odnośny przepis krajowy za niezgodny z art. 3 ust. 1 dyrektywy, ponieważ wyłączał on niektóre grupy pracowników z obliczania liczby pracowników.

124. Jednakże Trybunał stwierdził dalej, iż „należy zauważyć, że okoliczności sprawy stanowiącej przedmiot postępowania głównego różnią się od okoliczności sprawy, w której wydany został ww. wyrok w sprawie Kücükdeveci, ponieważ zasada niedyskryminacji ze względu na wiek, której dotyczyła ta ostatnia sprawa, ustanowiona w art. 21 ust. 1 karty, *wystarcza sama w sobie dla przyznania jednostkom prawa podmiotowego, które może być powoływane jako takie*”[64]. Natomiast art. 27 karty „[…] nie wystarcza dla przyznania jednostkom prawa, które może być powoływane jako takie”[65]. Trybunał stwierdził zatem w istocie, że przepis art. 3 ust. 1 dyrektywy 2002/14 jest zbyt szczegółowy, aby można go uznać za inherentny dla właściwego przepisu karty.

b) Skutki prawne na podstawie istniejącego orzecznictwa

125. Jest oczywiste, że po wyroku Egenberger art. 21 ust. 1 karty może zostać „powołany” w związku z dyrektywą 2000/78, w ramach sporu między jednostkami, zarówno jako narzędzie wykładni zgodnej, jak i, co ważniejsze, jako punkt odniesienia dla zakwestionowania ważności prawa Unii oraz zgodności przepisów krajowych (w zakresie stosowania prawa Unii). Osoby fizyczne mogą zatem powołać się na niego w sporze z innymi osobami fizycznymi w celu „sprzeciwienia się” stosowaniu sprzecznego przepisu prawa krajowego lub „uchylenia” go przez sąd krajowy, czy też „niestosowania” albo „odmowy stosowania” takiego przepisu.

58 Wyrok z dnia 19 kwietnia 2016 r., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 43).

59 Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 76).

60 Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 81).

61 Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 79).

62 Wyrok z dnia 1 stycznia 2014 r., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2).

63 Dyrektywa 2002/14/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 2002 r. ustanawiająca ogólne ramowe warunki informowania i przeprowadzania konsultacji z pracownikami we Wspólnocie Europejskiej (Dz.U. 2002, L 80, s. 29).

64 Wyrok z dnia 15 stycznia 2014 r., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, pkt 47). Wyróżnienie moje.

65 Wyrok z dnia 15 stycznia 2014 r., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, pkt 49).

126. Wyrok Egenberger potwierdza zatem pierwszeństwo prawa pierwotnego Unii w postaci art. 21 ust. 1 karty w szczególnym kontekście sporu horyzontalnego, w przypadku gdy aktem prawa wtórnego jest dyrektywa, a wykładnia zgodna nie jest możliwa.

127. Jednakże wyrok Egenberger nie zawiera szczegółów co do dalszych skutków takiego powołania w takich wypadkach. W szczególności w wyroku tym (ani w żadnym innym wyroku spośród przytoczonych w poprzednim punkcie) nie ma niczego, co potwierdzałoby, że art. 21 ust. 1 karty jest „bezpośrednio skuteczny horyzontalnie" w tym sensie, że zasadniczo może sam w sobie stanowić odrębne źródło praw generujących korelujący z nimi obowiązek innego podmiotu w ramach sporu na gruncie prawa prywatnego. Ani omawiany wyrok, ani pozostałe przytoczone orzecznictwo nie prowadzą do wniosku, że powołanie się na art. 21 ust. 1 i stwierdzenie niezgodności musi prowadzić do konkretnego środka prawnego.

128. Orzecznictwo to raczej powtarza stale ogólną regułę, zgodnie z którą sądy krajowe mają obowiązek „zapewnienia ochrony prawnej gwarantowanej podmiotom prywatnym poprzez przepisy prawa Unii oraz zapewnienie pełnej skuteczności tych przepisów" (poprzez odstąpienie od stosowania niezgodnych przepisów prawa krajowego)[66], czy wskazuje, iż sąd krajowy powinien „zapewnić, że zasada niedyskryminacji jest przestrzegana"[67], czy też że osoba indywidualna nie może zostać pozbawiona możliwości skorzystania z wykładni tego prawa stojącej w sprzeczności z zaskarżonym przepisem krajowym[68].

129. Podsumowując, zostało już wyraźnie stwierdzone, że abstrakcyjna kontrola zgodności w świetle art. 21 ust. 1 karty w związku z dyrektywą 2000/78, przeprowadzona w odpowiedzi na zadane przez sąd odsyłający pytanie pierwsze, może doprowadzić do uchylenia niezgodnego prawa krajowego. Jest to konsekwencja zasady pierwszeństwa prawa Unii, która to zasada może mieć również miejsce w ramach sporu pomiędzy podmiotami prywatnymi.

130. Z powodów wymienionych w następnej sekcji moja sugestia dla Trybunału brzmi następująco: należałoby dalej postępować zgodnie z tym podejściem. W przypadku wyraźnego pytania o *konkretne praktyczne konsekwencje dla stron*, jeżeli przepis prawa krajowego zostanie rzeczywiście uchylony, moją dalszą propozycją byłoby, żeby zamiast rozważać horyzontalny skutek bezpośredni przepisów karty (2), skoncentrować się na kwestii środków prawnych (3).

2. „Horyzontalny skutek bezpośredni"

131. Stwierdzenie, że art. 21 ust. 1 karty wywiera horyzontalny skutek bezpośredni, oznaczałoby, że jednostki mogą sformułować, opierając się *bezpośrednio na tym przepisie*, istnienie uprawnienia *i odpowiadającego mu obowiązku* po stronie innej (niepublicznej) strony, niezależnie od istnienia i/lub odniesienia do treści prawa wtórnego. W tym znaczeniu przepis wywierający skutki bezpośrednie jest sam w sobie wystarczająco jasny, precyzyjny i bezwarunkowy, aby można było się na niego powoływać na drodze sądowej w stosunku horyzontalnym.

132. W kontekście niniejszej sprawy trudno mi uznać, że przepis art. 21 ust. 1 spełnia te wymogi [sekcja a)], podobnie zresztą jak szereg postanowień karty w ujęciu ogólnym [sekcja b)]. Jednakże, i raz jeszcze, nie wyklucza to możliwości, aby postanowienia karty były faktycznie stosowane i miały duże znaczenie w sprawach takich jak niniejsza, choć w odmienny sposób [sekcja c)].

66 Wyrok z dnia 19 kwietnia 2016 r., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 29 lub 35).

67 Wyroki: z dnia 19 stycznia 2010 r., Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, pkt 56); z dnia 19 kwietnia 2016 r., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 35–37).

68 Wyrok z dnia 19 kwietnia 2016 r., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 41).

a) Horyzontalny skutek bezpośredni art. 21 ust. 1 karty

133. Na pewnym poziomie można z pewnością twierdzić, że zasada zakazująca dyskryminacji ze względu na religię jest na tym poziomie abstrakcji wystarczająco jasna, precyzyjna i bezwarunkowa. Bezwarunkowo i jednoznacznie nie powinno być żadnej dyskryminacji ze względu na religię.

134. Jednakże jeśli spojrzeć z takiego poziomu abstrakcji, to zasadniczo każdy przepis prawa Unii mógłby być bezpośrednio skuteczny. Dlatego też tradycyjny test bezpośredniej skuteczności ma inny charakter: czy treść konkretnego przepisu jest wystarczająco jasna i precyzyjna, aby można było dochodzić jego stosowania na drodze sądowej w kontekście danej sprawy?

135. Niniejsza sprawa stanowi dobry przykład złożoności tej kwestii i kwestii tego, dlaczego nie ma „jasnej, precyzyjnej i bezwarunkowej" zasady, z której wynikałaby odpowiedź. Czy byłoby to prawo do (i obowiązek udzielenia) płatnego dnia wolnego od pracy, wynikające z art. 21 ust. 1 karty? Czy ten dzień wolny od pracy musiałby przypadać w Wielki Piątek lub w inny określony dzień? Czy jedynym roszczeniem mogłoby być roszczenie pieniężne, w formie prawa do dodatkowej zapłaty lub dodatkowego wynagrodzenia czy rekompensaty lub odszkodowania (z odpowiadającym obowiązkiem ich uiszczenia spoczywającym na pracodawcy)?

136. Moim zdaniem w żaden sposób nie można uznać, że lakoniczne sformułowanie art. 21 ust. 1 karty zawiera odpowiedzi na takie pytania. Tym niemniej sąd krajowy „niestosujący" niezgodnego przepisu prawa krajowego będzie musiał z pewnością stawić im czoła, tak jak w niniejszej sprawie.

137. Naturalnie przyznaję, że „jasne, precyzyjne i bezwarunkowe" nie oznacza, że każdy aspekt takiego uprawnienia jest wyraźnie z góry określony w przepisach prawa. Taki scenariusz po prostu nie jest realistyczny. Jednakże to, co pozostaje kwestią otwartą, musi przynajmniej być możliwe do dochodzenia na drodze sądowej [69]. Moim zdaniem sam charakter przedmiotowego prawa (dzień wolny od pracy w Wielki Piątek, jeden nieokreślony dzień będący płatnym dniem wolnym od pracy, dodatkowe wynagrodzenie, jeżeli przedmiotowy dzień wolny od pracy nie zostanie wykorzystany) powoduje, że nie jest możliwe dochodzenie go na drodze sądowej w takim rozumieniu.

138. Co ważniejsze, nie uważam, aby zagadnienie rozpatrywane w niniejszej sprawie dotyczyło „horyzontalnego skutku bezpośredniego" karty (w związku z dyrektywą). Co więcej, na pewnym poziomie abstrakcji może istnieć „jasny, precyzyjny i bezwarunkowy" zakaz dyskryminacji zawarty w art. 21 ust. 1 karty, ale nie ma „jasnego, precyzyjnego i bezwarunkowego" wynikającego z tego praktycznego wymogu. Moim zdaniem pytanie czwarte sądu krajowego nie powinno być rozpatrywane z punktu widzenia horyzontalnego skutku bezpośredniego. Horyzontalny skutek bezpośredni w rozumieniu opisanym powyżej – jako dający podstawę do *konkretnych* uprawnień (do pieniędzy, korzyści itd.) oraz odpowiadających im obowiązków – jest w sposób oczywisty nieobecny.

b) Horyzontalny skutek bezpośredni karty w szerszym kontekście

139. Oprócz szczególnego kontekstu niniejszej sprawy oraz stosowania tradycyjnych kryteriów „skutku bezpośredniego" wobec art. 21 ust. 1 karty istnieją również inne zasadnicze argumenty co do tego, dlaczego horyzontalny skutek bezpośredni przepisów karty byłby problematyczny.

69 Tym samym umożliwiając bezpośrednią skuteczność zasad sformułowanych na dość wysokim poziomie abstrakcji [takich jak zasada, zgodnie z którą koszty procedur odwoławczych podważających legalność niektórych decyzji wydanych w zakresie dyrektywy w sprawie oceny oddziaływania na środowisko (dyrektywy Rady 85/337/EWG z dnia 27 czerwca 1985 r. w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko naturalne, Dz.U. 1985, L 175, s. 40 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 15, t. 1, s. 248) nie powinny być zaporowe], ale wyraźnie ograniczonych w ich zakresie i obszarze stosowania, a także osiągniecie praktycznych rezultatów, przez strukturę aktu prawa wtórnego, którego część one stanowią – zob. moja niedawna opinia w sprawie Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, pkt 33–55).

140. Po pierwsze, zgodnie z art. 51 ust. 1, podobnie jak dyrektywy na podstawie art. 288 TFUE, karta po prostu nie jest skierowana do osób fizycznych, lecz do państw członkowskich oraz instytucji i organów Unii. Można sugerować, że ten (dotyczący tekstu) argument nie jest bardzo przekonujący ze względu na fakt, że w rzeczywistości istnieją już doniosłe *horyzontalne skutki* karty, które zostały szczegółowo omówione powyżej [70]. Istnieje jednak znaczna różnica jakościowa między z jednej strony stwierdzeniem, że karta praw może być wykorzystana do kontroli zgodności i ewentualnego uchylenia sprzecznych przepisów, jak również że może ona być źródłem wykładni zgodnej rozciągającej się także na sytuacje horyzontalne, a z drugiej strony – czynieniem przepisów tej karty praw *źródłem bezpośrednich obowiązków* dla podmiotów prywatnych, w braku przepisów ustawowych czy też niezależnie od ich istnienia. Dlatego też, o ile mi wiadomo, w wielu systemach prawnych krajowe karty praw pełnią właśnie te dwie funkcje, nawet ewentualnie w połączeniu z określeniem pozytywnych obowiązków, jakie musi przyjąć na siebie państwo. Jednakże nawet w przypadku, gdy prawa podstawowe sięgają w ten sposób do stosunków prywatnoprawnych, nadal nie są one, i całkiem słusznie, wyposażone w horyzontalną bezpośrednią skuteczność.

141. Po drugie, przyczyną takich ograniczeń nie jest brak chęci skutecznej ochrony praw podstawowych. Jest to raczej potrzeba przewidywalności, pewności prawa oraz, na szczeblu konstytucyjnym, podziału władzy. Karty praw są z reguły dość abstrakcyjne i tym samym niejasne, i podobnie jest w przypadku karty. Potrzebują one zazwyczaj dalszych przepisów w celu nadania im treści, które mogą być dochodzone na drodze sądowej. Zaopatrzenie tych przepisów samych z siebie w horyzontalny skutek bezpośredni dla praw i obowiązków osób fizycznych otwiera drzwi do skrajnych form sądowej kreatywności [71].

142. Po trzecie, ze względu na to, że treść praw i obowiązków wynikających z karty jest niejasna, może powstać pokusa poszukiwania odpowiedzi w odnośnym prawie wtórnym. Przy dokonywaniu oceny zgodności prawa krajowego z przepisami karty (zasada pierwszeństwa) Trybunał rzeczywiście odnosi się do stosowania przepisów karty i zasad ogólnych, „uwzględniając" prawo wtórne lub „w związku z" prawem wtórnym [72]. Wydaje się, że coraz bardziej powiększa się zbiór orzecznictwa Trybunału, w którym w istocie wciela on (często bardzo skomplikowaną) treść dyrektyw do postanowień karty, zanim zastosuje te postanowienia karty horyzontalnie [73].

143. Nie ulega wątpliwości, że zbadanie przepisów prawa wtórnego ma nieraz w istocie kluczowe znaczenie w procesie ustalania, jaka jest (dopuszczalna) treść danego prawa lub ogólnej zasady w danym czasie [74]. Istnieje jednak różnica między krytycznym przeglądem porównawczym (szeregu) źródeł prawa wtórnego w celu stwierdzenia, jaka jest ogólna tendencja, a faktycznie bezkrytyczną i bezpośrednią „transliteracją" treści tej dyrektywy do przepisu karty.

70 Punkty 125–129 w poprzedniej sekcji niniejszej opinii.

71 Dlatego też w 1929 r. Hans Kelsen, który jest często przywoływany jako „ojciec" nowoczesnego wymiaru sprawiedliwości konstytucyjnej, ale który prawdopodobnie byłby bardzo zaskoczony, widząc jej obecny zakres, pragnął wykluczyć bezpośrednie stosowanie „überpositiver Normen", do których zaliczył również prawa podstawowe, ostrzegając, że wyposażyłoby to taki sąd konstytucyjny w faktyczny monopol władzy w ramach struktur państwowych – H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbaarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, zeszyt 5, Berlin und Leipzig, de Gruyter & Co, 1929, s. 69, 70.

72 Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), omówiony w tym kontekście w pkt 122 powyżej. Zobacz także wyrok z dnia 19 stycznia 2010 r., Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), w odniesieniu do zasady niedyskryminacji ze względu na wiek, „jak została ona skonkretyzowana" w dyrektywie 2000/78.

73 Jak na przykład ostatnio uczynił to mój uczony kolega, rzecznik generalny Y. Bot, który zaproponował Trybunałowi wcielenie do art. 31 ust. 2 karty odpowiednich przepisów dyrektywy 2003/88/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji czasu pracy (Dz.U. 2003, L 299, s. 9). Wniosek ten był uzasadniony przez odniesienie do not wyjaśniających załączonych do karty, zgodnie z którymi art. 31 ust. 2 „opiera się na dyrektywie 93/104/WE" (skodyfikowanej przez dyrektywę 2003/88) – zob. opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawach połączonych Bauer i Broßonn, C-569/16 i C-570/16 (EU:C:2018:337, pkt 86).

74 Jako przykład takiej starannej i wyważonej analizy zob. wyrok z dnia 15 października 2009 r., Audiolux i in. (C-101/08, EU:C:2009:626).

144. Zarówno konstytucyjne, jak i praktyczne problemy tego ostatniego podejścia są liczne [75]. Czy bezpośredni skutek postanowień karty miałby właściwie zostać uzależniony od tego, czy i jakie prawo wtórne zostało przyjęte w danej dziedzinie? Czy o istnieniu bądź nieistnieniu bezpośredniej skuteczności karty decydowałby zatem pośrednio ustawodawca Unii? Czy wobec tego karta powinna zostać w taki sposób „zdekonstytucjonalizowana"? Czy zamiast stanowić punkt odniesienia dla kontroli prawa wtórnego, powinna ona być przez nie determinowana i zdominowana? Jeżeli nie, a z pewnością jeżeli *nie zawsze*, to kiedy powinno tak być, a kiedy nie?

145. Na koniec ten właśnie problem przewidywalności i pewności prawa, w połączeniu co prawda z wyraźnym urokiem przekraczania własnych wcześniej nałożonych granic, sprowadza mnie do ostatniej kwestii: jeśli Trybunał rzeczywiście miałby przyjąć takie podejście w przyszłości, wskazane byłoby może ponowne przeanalizowanie kwestii horyzontalnego skutku bezpośredniego dyrektyw. Trwanie przy oficjalnym zaprzeczaniu horyzontalnemu skutkowi bezpośredniemu dyrektyw, przy jednoczesnym poruszaniu nieba i ziemi w celu zapewnienia, że ograniczenie to tak naprawdę nie ma jakichkolwiek konsekwencji praktycznych, takich jak wcielanie treści dyrektywy do przepisu karty, wydaje się coraz bardziej wątpliwe.

c) Brak horyzontalnego skutku bezpośredniego, lecz wciąż (znaczne) skutki

146. Brak bezpośredniego skutku *horyzontalnego* art. 21 ust. 1 (a także innych przepisów) karty nie oznacza, że nie mają one skutków horyzontalnych. Jest wręcz przeciwnie. Lecz mają one inny charakter. W odniesieniu do prawa krajowego karta służy: (i) jako narzędzie interpretacyjne dla wykładni zgodnej prawa krajowego; (ii) jako miernik zgodności przepisów Unii z krajowymi, z możliwym skutkiem polegającym na tym, że jeżeli przepisy krajowe (stosowane w kontekście, w którym państwo członkowskie działa w ramach zakresu stosowania prawa Unii) są niezgodne z kartą, powinny zostać uchylone przez sąd krajowy, nawet w sporach między podmiotami prywatnymi. Ta druga konsekwencja wynika jednak z pierwszeństwa prawa Unii, a nie z horyzontalnego skutku bezpośredniego przepisów karty. Nowe samodzielne obowiązki podmiotów prywatnych nie mogą jednak być tworzone *wyłącznie* na podstawie karty.

147. Co prawda niestosowanie niezgodnego prawa krajowego samo w sobie może nie zapewniać stronom natychmiastowej ochrony. Z pewnością jest tak w niniejszej sprawie. Niestosowanie oznacza usunięcie niezgodnych przepisów prawa krajowego. O ile nie przyjmie się dość szczególnego, a jednocześnie zawiłego i niebezpiecznego podejścia do pojęcia „niestosowania" (obejmującego na przykład selektywne usunięcie konkretnych słów w niezgodnym przepisie) [76], niestosowanie lub uchylenie niezgodnego przepisu obejmowałoby w niniejszej sprawie uchylenie całości art. 7 ust. 3 ustawy o czasie wolnym od pracy. Oznaczałoby to, że od momentu sądowego stwierdzenia niezgodności nikt nie miałby dnia wolnego od pracy w Wielki Piątek.

148. Alternatywne podejście polegałoby na uznaniu, że istnieje horyzontalny skutek bezpośredni prawa do wolności od dyskryminacji oraz że z prawem tym nieodłącznie związane jest prawo do otrzymania takich samych praw i korzyści jak te, jakie posiada grupa będąca w bardziej korzystnej sytuacji (wyrównywanie w górę), albo do traktowania wszystkich na równi w mniej korzystny sposób

75 Aby zapoznać się ze szczegółowym omówieniem tej kwestii, zob. opinia rzecznik generalnej V. Trstenjak w sprawie Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

76 Artykuł 7 ust. 3 ustawy o czasie wolnym od pracy brzmi obecnie: „Dla członków Kościołów ewangelickich wyznania augsburskiego i helweckiego, Kościoła starokatolickiego i ewangelicko-metodystycznego także Wielki Piątek jest dniem wolnym od pracy". Przesunięcie „niestosowania" na poziom indywidualnych słów tego przepisu mogłoby na przykład doprowadzić do usunięcia dopełnienia tego zdania, to jest odniesienia do członków czterech Kościołów (co oznaczałoby, że każdy otrzymuje dzień wolny od pracy w Wielki Piątek lub dodatkowe wynagrodzenie), albo do usunięcia odniesień do członków czterech Kościołów i do Wielkiego Piątku (co oznaczałoby dzień ustawowo wolny od pracy w nieokreślonym terminie – w praktyce propozycja Komisji). Jednakże powinna może zostać utrzymana różnica między uchyleniem niezgodnych przepisów prawa krajowego a sądową grą w scrabble, umożliwiającą tworzenie jakiegokolwiek przepisu poprzez prostą ponowną kombinację wybranych słów wyciąganych z istniejących przepisów.

(wyrównywanie w dół). Sugestia taka wynika z zadanego przez sąd krajowy pytania czwartego. Zakładając jednak, że przyjęte zostanie rozwiązanie wyrównywania w górę – do kwestii tej powrócę poniżej – nadal nie przynosi to odpowiedzi na żadne z powyższych pytań w odniesieniu do charakteru i zakresu przedmiotowych praw.

149. Pytanie to, zamiast rozumieć je w ten sposób, należy moim zdaniem rozumieć jako zmierzające do wyjaśnienia, jakie konkretne *środki prawne* muszą być dostępne w przypadkach takich jak w niniejszej sprawie, nie zaś do zdefiniowania nieuchwytnego zbioru określonych praw (do dnia wolnego od pracy, dodatkowego wynagrodzenia itd.). Podejście to zostało już w istocie przedstawione w orzecznictwie wywodzącym się z wyroków Mangold, Kücükdeveci, DI i Egenberger, które potwierdziły niestosowanie niezgodnego przepisu prawa krajowego oraz istnienie prawa do skutecznego środka prawnego (a nie „horyzontalnego skutku bezpośredniego" karty). Jednakże koncentracja w niniejszej sprawie na praktycznych skutkach niestosowania przepisów oznacza, że Trybunał musi mieć jasność co do tego rozróżnienia. Teraz zatem przejdę do tej kwestii.

3. Środki prawne

150. Artykuł 21 ust. 1 karty nie prowadzi do powstania określonego zbioru odpowiadających sobie wzajemnie praw i obowiązków po stronie pracodawcy i pracownika. Tym niemniej to na sądach krajowych spoczywa w szczególności obowiązek zapewnienia ochrony prawnej gwarantowanej jednostkom przez przepisy prawa Unii oraz zapewnienie pełnej skuteczności tych przepisów[77]. Zgodnie z zasadą skutecznej ochrony sądowej *dostępny musi być środek prawny przeciwko dyskryminacji*[78].

151. W braku uregulowań prawa Unii w tej dziedzinie zadaniem wewnętrznego porządku prawnego każdego z państw członkowskich jest wyznaczenie właściwych sądów i określenie szczegółowych zasad postępowania w sprawach mających za przedmiot ochronę uprawnień, jakie jednostki wywodzą z prawa Unii. Państwa członkowskie są jednak odpowiedzialne za to, aby uprawnienia te w każdym wypadku były skutecznie chronione[79], a tym samym są zobowiązane do poszanowania zasad równoważności i skuteczności[80].

152. Trybunał może jednak dostarczyć wskazówek co do dorozumianego prawa do skutecznego środka prawnego w sprawie takiej jak niniejsza. Istnieją dwie kwestie, w zakresie których Trybunał może udzielić wsparcia sądowi odsyłającemu. Pierwsza dotyczy tego, czy środek prawny polega na wyrównaniu w górę lub w dół (a), a druga tego, przeciwko komu służy środek prawny (b).

153. Uważam, że w sprawach takich jak niniejsza, w przypadku sporu pomiędzy podmiotami prywatnymi, oraz w przypadku gdy źródłem dyskryminacji jest ustawodawstwo krajowe i jej istnienie zostało ustalone na podstawie art. 21 ust. 1 karty (w drodze abstrakcyjnej kontroli, o której mowa w pytaniu pierwszym, w związku z dyrektywą 2000/78), prawo Unii nie wymaga, aby istniał środek prawny skierowany przeciwko *pracodawcy*. Jednakże prawo Unii wymaga, by poszkodowany mógł wnieść powództwo o odszkodowanie przeciwko *państwu* w celu naprawienia naruszenia.

154. Zanim omówię te kwestie w sposób bardziej szczegółowy, zajmę się kwestią „wyrównania w górę" i „wyrównania w dół".

77 Zobacz wyrok z dnia 5 października 2004 r., Pfeiffer i in. (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 111). Zobacz także wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, pkt 42).

78 Wyrok z dnia 13 marca 2007 r., Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).

79 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 9 lipca 1985 r., Bozzetti (179/84, EU:C:1985:306, pkt 17); z dnia 18 stycznia 1996 r., SEIM (C-446/93, EU:C:1996:10, pkt 32); z dnia 17 września 1997 r., Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, pkt 40).

80 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 16 grudnia 1976 r., Rewe-Zentralfinanz i Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, pkt 5); z dnia 16 grudnia 1976 r., Comet (45/76, EU:C:1976:191, pkt 13–16); z dnia 14 grudnia 1995 r., Peterbroeck (C-312/93, EU:C:1995:437, pkt 12); z dnia 13 marca 2007 r., Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, pkt 43); z dnia 7 czerwca 2007 r., van der Weerd i in. (C-222/05-C-225/05, EU:C:2007:318, pkt 28).

a) Wyrównanie w górę i wyrównanie w dół

155. Czwarte pytanie sądu krajowego zakłada dwa rozwiązania problemu dyskryminacji w niniejszej sprawie: wyrównanie w górę albo wyrównanie w dół.

156. Pragnę wyjaśnić, że rozumiem, iż pytanie sądu odsyłającego dotyczy jedynie „okresu przejściowego", to jest okresu po stwierdzeniu niezgodności, lecz zanim ustawodawca krajowy wprowadzi nowy system. W tym okresie kwestia wyrównania w górę lub w dół jest w istocie otwarta.

157. Natomiast to samo zagadnienie nie powstaje faktycznie w stosunku do przeszłości, to jest w odniesieniu do lat poprzednich, w których dodatkowe wynagrodzenie zostało przyznane jedynie wybranej grupie, ale nie pozostałym pracownikom, i te okresy nie uległy jeszcze przedawnieniu na mocy przepisów prawa krajowego. W stosunku do tych okresów jedynym sposobem naprawienia przeszłej dyskryminacji jest w praktyce rzeczywiście jedynie „wyrównanie w górę". Uprzywilejowanych grup nie można z mocą wsteczną pozbawić ich korzyści ze względu na uzasadnione oczekiwania, czy też raczej prawa już nabyte. W związku z tym jedynym realnym sposobem zaradzenia dyskryminacji za ten okres jest przyznanie tej samej korzyści wszystkim (ale z zastrzeżeniem pytania omówionego w kolejnej sekcji, co do tego, kto może być zobowiązany do zapłaty i dlaczego).

158. Przechodząc zatem obecnie jedynie do omówienia okresu przejściowego, również w odniesieniu do tego okresu Komisja zasugerowała, że właściwą odpowiedzią byłoby wyrównanie w górę. Na poparcie tego argumentu zarówno skarżący, jak i Komisja przytoczyli orzecznictwo, w tym wyroki Milkova, Specht i in. i Landtová [81].

159. Rzeczywiście, w wyrokach tych Trybunał poczynił ogólną uwagę, że „jeżeli dyskryminacja sprzeczna z prawem Unii została stwierdzona, poszanowanie zasady równości – *dopóki środki przywracające równość traktowania nie zostałyby przyjęte* – mogłoby być zapewnione tylko przez przyznanie osobom z kategorii pokrzywdzonej takich samych korzyści jak te, z których korzystają osoby z kategorii uprzywilejowanej, co w braku prawidłowego stosowania prawa Unii pozostaje jedynie słusznym punktem odniesienia" [82].

160. Wynika z tego, że w przypadku gdy sąd krajowy ma do czynienia z dyskryminacją wynikającą z prawodawstwa, nieuniknionym skutkiem uchylenia niezgodnego przepisu prawa krajowego jest rzeczywiście „wyrównanie w górę", do czasu przyjęcia niedyskryminującego uregulowania (które może potencjalnie wyrównać w dół) [83].

161. W odniesieniu do powyższego pragnę poczynić następujące uwagi.

162. Po pierwsze, pierwszeństwo, w tym pierwszeństwo karty, wymaga, aby przepis prawa krajowego, który jest niezgodny z prawem Unii, został uchylony. Oznacza to, że niezgodny przepis powinien w gruncie rzeczy zniknąć z krajowego porządku prawnego, w sytuacji gdy jest on sprzeczny z prawem Unii. Logiczne jest zatem, że to, co zniknęło, nie może być następnie stosowane do nikogo. Tymczasem jakoś w cudowny sposób ten sam przepis, który został usunięty jako mający zastosowanie wobec niektórych, nagle zmartwychwstaje jako mający zastosowanie wobec wszystkich. Należy najpierw zdać sobie sprawę z tego paradoksu, wynikającego z przyjęcia rozwiązania polegającego na wyrównaniu w górę, aby móc następnie się do niego odnieść.

81 Wyroki: z dnia 22 czerwca 2011 r., Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415); z dnia 19 czerwca 2014 r., Specht i in. (od C-501/12 do C-506/12, C-540/12 i C-541/12, EU:C:2014:2005); z dnia 9 marca 2017 r., Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

82 Wyroki: z dnia 22 czerwca 2011 r., Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415, pkt 51); z dnia 19 czerwca 2014 r., Specht i in. (od C-501/12 do C-506/12, C-540/12 i C-541/12, EU:C:2014:2005, pkt 95); z dnia 9 marca 2017 r., Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, pkt 67). Wyróżnienie moje.

83 Zobacz wyrok z dnia 9 lutego 1999 r., Seymour-Smith i Perez (C-167/97, EU:C:1999:60).

163. Po drugie, w szerokim ujęciu, rozwiązanie polegające na wyrównaniu w górę jako domyślny tymczasowy *środek prawny* (w przeciwieństwie do prawa horyzontalnie bezpośrednio skutecznego) wydaje się lepszym rozwiązaniem, zwłaszcza z punktu widzenia uzasadnionych oczekiwań grupy uprzywilejowanej. Lecz tu znowu diabeł tkwi w szczegółach (czy też przynajmniej w praktycznym stosowaniu). Bardziej złożone przypadki dotyczą korzyści niepieniężnych. W niniejszej sprawie Komisja utrzymywała w swoich stanowiskach na piśmie, że art. 7 ust. 3 ustawy o czasie wolnym od pracy może powodować dyskryminację poprzez przyznanie dnia wolnego w Wielki Piątek tylko niektórym grupom religijnym, z wyłączeniem innych. Jednakże rozwiązanie proponowane przez Komisję nie miało polegać na ustanowieniu Wielkiego Piątku dniem ustawowo wolnym od pracy dla wszystkich. Komisja zaproponowała raczej sądowe przeredagowanie przepisu w celu rozszerzenia na wszystkich pracowników korzyści polegającej na płatnym dniu wolnym od pracy dla uczczenia „szczególnie ważnego" wydarzenia religijnego, którego termin miałby zostać wyznaczony przez każdego indywidualnego pracownika. „Wyrównanie w górę" brzmi atrakcyjnie (przynajmniej po angielsku), ale maskuje potencjalnie znaczną złożoność, a wręcz arbitralność w jego praktycznym stosowaniu, nieróżniącą się od tej już przedstawionej w odniesieniu do kwestii horyzontalnego skutku bezpośredniego.

164. Po trzecie, istnieje kilka wyroków Trybunału, w których sformułowany został wariant zasady „wyrównania w górę". Jednakże każda z tych spraw miała swoje cechy charakterystyczne. Dwie z nich mają szczególne znaczenie, a mianowicie *źródło dyskryminacji* i *tożsamość strony pozwanej*.

165. W tym względzie pragnę zauważyć, że we wszystkich sprawach przytoczonych przez strony na poparcie rozwiązania polegającego na wyrównaniu w górę[84] źródłem dyskryminacji było prawo krajowe, a *pozwanym było państwo* (i spór dotyczył pieniędzy)[85]. Jest to moim zdaniem najprostsza z możliwych konfiguracji (i w istocie najczęstsza w orzecznictwie Trybunału)[86]. W końcu, państwo członkowskie musi ponosić koszty dyskryminacji ustawowej. Jest to oczywistym wynikiem wyroku Francovich i in. i kolejnych po nim następujących. Odpowiedzialność państwa powinna co do zasady stanowić zabezpieczenie.

166. Istnieją również sprawy, w których Trybunał odwołał się do zasady wyrównywania w górę w ramach sporów pomiędzy podmiotami prywatnymi. Była to jednak ograniczona liczba spraw dotyczących dyskryminacji w odniesieniu do emerytur[87] lub wynagrodzeń[88], którą zasadniczo można przypisać *pracodawcy* (niemającej swojego źródła w ustawodawstwie). W ramach prywatnych sporów dotyczących domniemanej dyskryminacji, zamiast proponować wyrównywanie w górę jako rozwiązanie ogólne, Trybunał raczej koncentrował się na ogólnym wymogu zapewnienia skutecznych środków prawnych i sankcji[89].

84 Przypis 81 powyżej.

85 A więc rzeczy w pełnym tego słowa znaczeniu zamiennych, w przeciwieństwie na przykład do prawa do urlopu lub prawa do bycia zatrudnionym.

86 Inne wyroki powtarzające „wariant Landtová; Specht; Milkova" z zasadą wyrównania w górę również dotyczyły spraw, w których pozwanym było państwo – zob. wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., Rodriguez Caballero (C-442/00 EU:C:2002:752, pkt 42); z dnia 21 czerwca 2007 r., Jonkman i in. (C-231/06-C-233/06, EU:C:2007:373, pkt 39); z dnia 28 stycznia 2015 r. Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38, pkt 46); z dnia 14 marca 2018 r., Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, pkt 30). Zobacz także bardziej wąsko sformułowane warianty, na przykład odnoszące się do dyskryminacji w odniesieniu do wynagrodzenia – wyroki: z dnia 7 lutego 1991 r., Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, pkt 18); z dnia 17 kwietnia 1997 r., Evrenopoulos (C-147/95, EU:C:1997:201, pkt 42). Również częsta i faktycznie utożsamiana z dyskryminacją ustawową jest dyskryminacja wynikająca z układów zbiorowych, a Trybunał używa sformułowanego w sposób bardziej otwarty wariantu zasady wyrównania w górę – zob. na przykład wyrok z dnia 20 marca 2003 r., Kutz -Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, pkt 72).

87 Zobacz wyroki: z dnia 28 września 1994 r., van den Akker(C-28/93, EU:C:1994:351); z dnia 28 września 1994 r., Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348); z dnia 28 września 1994 r., Avdel Systems (C-408/92, EU:C:1994:349), które również technicznie dotyczyły niepaństwowego systemu emerytalnego, lecz „zleconego" w tym znaczeniu, że składki emerytalne pobierane były w miejsce składek do państwowego systemu emerytalnego.

88 Wyrok z dnia 8 kwietnia 1976 r., Defrenne (43/75, EU:C:1976:56).

89 Wyroki: z dnia 10 kwietnia 1984 r., Harz (79/83, EU:C:1984:155); z dnia 8 listopada 1990 r., Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383).

167. Po czwarte, wobec braku konkretnych dodatkowych powodów, takich jak godność człowieka czy uzasadnione oczekiwania, które uniemożliwiałyby wyrównanie w dół w okresie przejściowym w kontekście określonej sprawy, nie widzę opartego na zasadach argumentu, dlaczego systematyczne i dotyczące wszystkich przypadków dyskryminacji wyrównanie w dół miałoby być per se wykluczone. Jest tak tym bardziej w przypadkach, gdy korzyść przyznana grupie uprzywilejowanej jest niepowtarzalna lub – w przypadku gdy jest ona powtarzalna – nie tworzy ona stosunku zależności (tak jak na przykład przy powtarzających się świadczeniach z tytułu zabezpieczenia społecznego).

168. Wracając do niniejszej sprawy: jaki byłyby szczególny (dodatkowy) powód rzeczywistego zlekceważenia wniosku, że niezgodny przepis musi zostać „uchylony", i zastąpienia go wnioskiem, że należy pięćdziesięciokrotnie poszerzyć jego zakres podmiotowy[90]?

169. Wspaniałomyślna proklamacja, że wszyscy powinni mieć lepiej w życiu, jest być może osobiście satysfakcjonująca, lecz niezbyt prawidłowa z punktu widzenia prawa, bez uwzględnienia utrzymania stabilności gospodarczej[91]. Pragnę podkreślić, że argumenty natury gospodarczej nie stanowią oczywiście uzasadnienia dla dyskryminacji. Jednakże stwierdzenie to samo w sobie nie może stanowić pozytywnego uzasadnienia dla wyrównania w górę.

170. Ochrona wolności wyznania członków czterech Kościołów również nie prowadzi do jednoznacznych wniosków. W tym względzie pragnę zauważyć, że art. 8 ustawy o czasie wolnym od pracy nakłada na pracodawców obowiązek dbałości o interesy pracowników, tym samym wymagając od nich w rzeczywistości uwzględnienia w sposób rozsądny potrzeb religijnych pracowników. Dlaczego, jeżeli jest to wystarczające dla innych religii mniejszościowych w Austrii w odniesieniu do ich szczególnych świąt religijnych, nie miałoby tak być dla członków czterech Kościołów? Rozumując na odwrót, nie jest jasne, w jaki sposób „wyrównanie w górę", być może poprzez wypłacanie podwójnego wynagrodzenia wszystkim pracownikom austriackim lub przyznanie im dnia wolnego w Wielki Piątek, przyczyniłoby się w jakikolwiek sposób do poszerzenia wolności religii.

171. W świetle powyższego uważam, że w niniejszej sprawie nie jest możliwe udzielenie po prostu sądowi odsyłającemu odpowiedzi potwierdzającej, że „wyrównanie w górę" jest jedynym prawidłowym kierunkiem, w jakim należy iść. Jest to podejście, które Trybunał rozwinął w kontekście skarg przeciwko państwu, głównie w odniesieniu do świadczeń z tytułu zabezpieczenia społecznego, i które nie jest generalnie przenoszalne na spory horyzontalne. Ponadto w okolicznościach niniejszej sprawy stanowiłoby to zbyt uproszczoną odpowiedź, maskującą pewne złożoności, które mają duże znaczenie praktyczne. Uważam natomiast, że punktem odniesienia powinno być w tym przypadku orzecznictwo Trybunału dotyczące skutecznych środków prawnych.

b) Skuteczne środki prawne (i tożsamość pozwanego)

172. Chociaż art. 21 ust. 1 karty nie jest horyzontalnie bezpośrednio skuteczny, problematyczny przepis krajowy powinien zostać uchylony (pytanie pierwsze). Kwestia wyrównywania w górę lub w dół została omówiona powyżej. W niniejszej końcowej sekcji odniosę się do pytania, kto powinien zapewnić środki prawne. Zasadniczo istnieją dwie opcje: (i) pracodawca (który może następnie wystąpić przeciwko państwu) lub (ii) państwo (które powinno zostać pozwane bezpośrednio przez pracownika). Moim zdaniem prawidłową odpowiedzią jest odpowiedź druga: państwo.

90 Pragnę zauważyć, że w swoich wystąpieniach ustnych Komisja opowiadała się za rozszerzeniem uprawnień do dnia wolnego od pracy w Wielki Piątek lub dodatkowego wynagrodzenia przysługującego członkom czterech Kościołów (około 2% ludności) na wszystkich pracowników w Austrii oraz uczynienie tego samego w odniesieniu do Jom Kippur.

91 Na rozprawie koszt rozszerzenia dodatkowego wynagrodzenia za Wielki Piątek na wszystkich pracowników został wyceniony na 600 mln EUR na rok (przypuszczalnie taka sama liczba miałaby zastosowanie w odniesieniu do przypadku Jom Kippur.

i) Środki prawne przeciwko pracodawcy

173. Czy prawo do skutecznego środka prawnego w przypadkach takich jak ten w niniejszej sprawie, w którym skarżący jest ofiarą dyskryminującego ustawodawstwa krajowego stosowanego przez pracodawcę, wymaga, aby pracownikowi przysługiwał środek prawny przeciwko temu pracodawcy?

174. Rzecznik generalny P. Cruz Villalón wyraźnie opowiedział się za tą opcją w opinii w sprawie Association de médiation sociale. Uznał on, że „rozsądnym rozwiązaniem jest przyjęcie, że ciężar dochodzenia odszkodowania powinien obciążać tego, kto korzystał z niezgodnej z prawem praktyki, nie zaś uprawnionego na mocy prawa wynikającego ze skonkretyzowania treści zasady”[92]. Pracodawca uznany za odpowiedzialnego może następnie wystąpić przeciwko państwu.

175. O ile się nie mylę, Trybunał nigdy nie odniósł się bezpośrednio do tej kwestii. Jednakże wyrok DI można również interpretować w ten sposób, że nakłada on takie wymaganie[93].

176. Takie podejście może być rzeczywiście uzasadnione skutecznością (ochrony pracownika). Dla pracownika tańsze i szybsze (i mniej zniechęcające) może być skarżenie pracodawcy, a nie państwa. Z moralnego punktu widzenia pracownik ucierpiał z powodu dyskryminujących przepisów i zasługuje na ochronę. Prawdopodobne jest to, że jak zauważył uczony rzecznik generalny P. Cruz Villalón, pracodawca uzyskał w wyniku dyskryminacji bezprawną korzyść, którą należy wyrównać. Ogólnie rzecz biorąc, pracodawca będzie prawdopodobnie na pozycji względnej siły.

177. Zatem argumenty przemawiające za stwierdzeniem, że za dyskryminację w zakresie warunków pracy zawsze musi przysługiwać środek prawny bezpośrednio przeciwko pracodawcy, zasadniczo skupiają się na trzech elementach: *źródła*, *winy* i *korzyści*, potencjalnie w połączeniu z argumentem *siły* i (nieodłącznej) *nierówności*.

178. Na poziomie ogólnym argumenty te są z pewnością słuszne dla określonego rodzaju dyskryminacji: tej, którą można, przynajmniej częściowo, przypisać określonemu pracodawcy. Jednakże napotykają one szereg logicznych trudności w sprawie takiej jak niniejsza, w której spór między stronami prywatnymi dotyczy dyskryminacji ze względu na religię, wynikającej bezpośrednio z ustawodawstwa krajowego.

179. Po pierwsze, *źródłem* naruszenia jest w niniejszej sprawie ustawodawstwo krajowe. Brak było rzeczywistego swobodnego uznania lub niezależnej decyzji pracodawcy. Po prostu zastosował on obowiązujące przepisy krajowe. Taka sytuacja różni się znacznie od tych, w których Trybunał wymagał zapewnienia środka prawnego przeciwko pracodawcy, wówczas gdy źródło dyskryminacji wywodziło się również z własnych decyzji pracodawcy[94].

180. Wiąże się to, po drugie, z elementem *winy*. Jaka była wina pracodawcy, za którą powinien zapłacić? Czy było nią stosowanie obowiązującego prawa krajowego? W sprawach, w których Trybunał rozważał zarzucaną dyskryminację ze strony pracodawcy, stanowiącą naruszenie prawa Unii, wielokrotnie stwierdzał on, że sankcje za naruszenie muszą być skuteczne, proporcjonalne

92 Opinia w sprawie Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, pkt 79).

93 Wyrok z dnia 19 kwietnia 2016 r. (C-441/14, EU:C:2016:278, pkt 42).

94 Na przykład w wyroku z dnia 8 listopada 1990 r. (Dekker, C-177/88, EU:C:1990:383), podanie powódki o pracę zostało odrzucone przez pracodawcę, ponieważ była ona w trzecim miesiącu ciąży. Jednakże według prawa krajowego jej stan błogosławiony został sklasyfikowany jako „choroba”. Ze względu na to, że potencjalny pracodawca był w pełni świadomy jej „choroby”, gdyby została przyjęta do pracy, musiałby finansować jej urlop macierzyński bez pomocy ze strony państwa, czego pracodawca nie chciał uczynić. Istniały zatem (znaczne) finansowe czynniki zniechęcające do zatrudniania kobiet w ciąży wpisane do prawa krajowego. Było jednak również jasne, że do prawodawcy należała ostateczna decyzja w sprawie tego, czy i w jaki sposób stosować te dyskryminacyjne przepisy prawa krajowego w indywidualnych przypadkach.

i *odstraszające*[95]. O ile nie oczekujemy, że pracodawcy powinni działać jako policja konstytucyjna, posiadająca pozytywny obowiązek ustalenia i aktywnego podważenia przepisów krajowych, które ich zdaniem mogłyby potencjalnie być sprzeczne z postanowieniami karty, uzasadnienie dotyczące zniechęcania lub odstraszania odpada. Czy też wina polega na tym, że pracodawca nie kwestionował zgodności ustawodawstwa krajowego z art. 21 ust. 1 karty i dyrektywą 2000/78? Czy zatem w praktyce pracodawca powinien przewidzieć, co będzie wynikiem kulminacji kilkuletniego postępowania z udziałem sądu najwyższego danego państwa członkowskiego, wielkiej izby Trybunału Sprawiedliwości i wielu innych uczonych prawników i sędziów, którzy wnieśli swój udział na wielu różnych etapach?

181. Po trzecie, nie dostrzegam również, jaką *korzyść* miałyby odnieść pracodawca z obowiązku zapłaty niektórym pracownikom podwójnego wynagrodzenia, czy nawet będąc zobowiązanym do przyznania im płatnego dnia wolnego od pracy w Wielki Piątek. Jeżeli nie przyjmiemy bardzo dyskusyjnej interpretacji, zgodnie z którą fakt niewypłacania tej samej kwoty na rzecz pozostałych 98% pracowników byłby klasyfikowany jako bezprawna „korzyść", odniesiona w złym zamiarze przez pracodawców, widzę w tym jedynie ciężary nałożone na pracodawcę.

182. Po czwarte, istnieje również argument dotyczący relatywnej *słabości*. Argument ten, w przeciwieństwie do trzech pozostałych, ma przynajmniej pewien ciąg logiczny. Można by nawet uznać, że jest on przeważający względem wszystkich pozostałych kwestii: z uwagi na nieodzowne nierówności wpisane w naturę stosunku pracy ciężar ponoszenia kosztów powinien zawsze spadać na pracodawcę, bez względu na okoliczności.

183. Argument ten kryje w sobie głęboko *ideologiczny* wybór dotyczący alokacji ryzyka i kosztów[96]. Ponadto założenie, że nie wszyscy pracodawcy w Austrii, czy też gdzie indziej w Unii, są przysłowiowymi anonimowymi wielonarodowymi korporacjami, wydaje się bezpieczne. Wiele przedsiębiorstw prowadzonych jest przez pojedyncze osoby lub niewielkie grupy osób. Dlaczego powinni oni ponosić koszty stosowania nieprawidłowego ustawodawstwa krajowego?

184. Jednakże na pewno prawdą jest, że kwestie te stają się bezprzedmiotowe, jeżeli zasadniczo pracodawca ma ponosić koszty tylko na tej podstawie, że jest pracodawcą. Jest to argument aksjomatyczny, lecz jednocześnie moim zdaniem niewart bezkrytycznego stosowania.

185. Przy łącznym uwzględnieniu powyższych powodów nie uważam, aby prawo Unii *wymagało* istnienia środka prawnego przeciwko pracodawcy w sytuacjach takich jak te w niniejszej sprawie, gdy pracodawca działa zgodnie z przepisami krajowymi, lecz przepisy krajowe zostają uznane za sprzeczne z art. 21 ust. 1 karty (w związku z dyrektywą 2000/78). Należy uściślić, że wniosek ten ma zastosowanie do sporów między podmiotami *prywatnymi*, a nie w przypadku gdy pozwanym jest państwo (działające jako pracodawca). Niemniej jednak prawo Unii nie *wyklucza* środków prawnych wobec pracodawców *prywatnych*, w przypadku gdyby takie środki były dostępne na gruncie prawa krajowego.

95 Wyrok z dnia 10 kwietnia 1984 r., von Colson i Kamann (14/83, EU:C:1984:153), w którym Trybunał stwierdził, że prawo Unii wymaga, aby w prawie krajowym istniało roszczenie odszkodowawcze przeciwko stronom prywatnym w związku z naruszeniem prawa Unii, i położył szczególny nacisk na kompensacyjne i *odstraszające* cele takiego środka prawnego. Zobacz wyrok z dnia 20 września 2001 r., Courage i Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, pkt 27).

96 Nie należy zakładać, że żaden pracodawca nie podejmie skutecznie działań w kierunku dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przeciwko państwu lub że wszyscy pracodawcy, albo nawet większość z nich, skutecznie podejmą te działania. Dlatego też można rozsądnie uznać, że wybór co do tego, kto jest stroną pozwaną w sprawie takiej jak niniejsza, oznacza w rzeczywistości decyzję o tym, kto będzie ponosić koszty.

ii) Skarga o odszkodowanie przeciwko państwu

186. Istnieje uznana w orzecznictwie Trybunału różnica pomiędzy dyskryminacją, której pierwotnym źródłem jest *prawodawca* (tak jak w sprawie w postępowaniu głównym), a tą, której źródłem jest *pracodawca*[97]. Inspirując się przekonującą argumentacją Komisji w sprawie Dekker[98]: „można zasadnie zastanawiać się, czy w tych okolicznościach słusznie jest oczekiwać od pracodawcy czy to całkowitego ignorowania dyskryminujących przepisów krajowych, czy też ich podważenia przed sądem z powodu niezgodności z dyrektywą lub z przepisami dotyczącymi równego traktowania [w sprawie Dekker] mężczyzn i kobiet. Wynik takiego postępowania byłby jednak w znacznej mierze niepewny. W każdym razie tego rodzaju żądanie byłoby równoznaczne z nałożeniem na pracodawcę obowiązku, który powinien być ponoszony przez państwo".

187. Istnieją również dalsze powody, dla których niewłaściwe byłoby, aby prawo Unii wymagało w takich okolicznościach środka prawnego wobec prywatnego pracodawcy, oraz dla których skuteczna ochrona sądowa powinna w praktyce mieć formę skargi o odszkodowanie przeciwko państwu. Większość z nich stanowi odzwierciedlenie argumentów poruszonych już w poprzedniej sekcji.

188. Po pierwsze, istnieje prosty argument moralny, przeanalizowany już w działach dotyczących źródła dyskryminacji i winy w poprzedniej sekcji. Głównym podmiotem odpowiedzialnym za dyskryminację jest państwo. Przy zachowaniu pozostałych warunków nie jest jasne, dlaczego koszty takiego zawinionego zachowania powinny być ponoszone w pierwszej kolejności przez pracodawców.

189. Argument moralny jest zgodny ze strukturalnym. Jeżeli wskutek zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego i abstrakcyjnej kontroli zgodności naruszający przepis prawa krajowego zostanie uchylony, zarówno winę, jak i powstałą próżnię legislacyjną można w sposób oczywisty przypisać państwu członkowskiemu.

190. Po drugie, uznanie poszczególnych pracodawców za odpowiedzialnych w pierwszej kolejności nie będzie miało wobec nich działania odstraszającego[99], a może nawet zredukować skutek odstraszający w stosunku do podmiotu rzeczywiście odpowiedzialnego: państwa. Zmiana przepisów wymaga wywierania presji na państwie.

191. Po trzecie, gdy pracownicy mogą uzyskać odszkodowanie, pozwawszy pracodawcę za stosowanie przepisów, a pracodawcy z kolei mogą pozwać państwo, będzie dochodzić do powielania postępowań sądowych. Zatem gdy strona pokrzywdzona zwraca się raczej bezpośrednio przeciwko stronie winnej, a nie pośrednikowi, który nie ponosi winy, unika się w ten sposób jednej rundy postępowania sądowego.

192. Po czwarte, w kontekście sporu między osobami prywatnymi, gdzie wykładnia zgodna dyrektywy nie jest możliwa, Trybunał wielokrotnie odrzucał możliwość powołania się na dyrektywę przez osobę fizyczną przeciwko innej osobie fizycznej. Środek prawny musi przysługiwać, lecz musi on przysługiwać przeciwko państwu w postaci powództwa odszkodowawczego[100]. Nie jest jasne, dlaczego zasadniczo miałoby przestać tak być w przypadku, gdy postanowienia karty są powoływane równolegle. W ten sposób struktura środków prawnych dla (horyzontalnych) stosunków prywatnoprawnych przy powoływaniu się na źródła prawa Unii, które nie są wyposażone w bezpośredni skutek horyzontalny, powinna być spójna.

97 Punkty 50–52 powyżej.

98 Zgodnie z podsumowaniem w sprawozdaniu na rozprawę. Zobacz A. Ward, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2007, s. 57.

99 Punkt 180 powyżej.

100 Wyroki: z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428, pkt 45(; z dnia 15 stycznia 2014 r., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, pkt 50).

193. Po piąte i ostatnie, istnieje kolejny element ogólnej spójności przemawiający za prezentowanym tu podejściem do środków prawnych. Łączy się on z powrotem z omawianymi już ramami porównania. Wskazałem już, że w przypadkach abstrakcyjnej kontroli zgodności porównania dokonuje się w ramach grup[101]. Jest to w pełni zgodne z faktem, że źródłem nierównego traktowania jest ustawodawstwo krajowe, a nie decyzja po stronie pracodawcy. W związku z tym tożsamość innych pracowników pracodawcy (Cresco Investigation) nie była istotna, podobnie jak to, czy w porównaniu z nimi wnioskodawca był traktowany w sposób odmienny.

194. Kwestia ta jednakże stałaby się całkiem istotna, a łącząca się z nią dyskusja na temat porównywalności zostałaby w pełni na nowo otwarta, gdyby skarżący miał zwrócić się z roszczeniem do pracodawcy na tej podstawie, że pracodawca dyskryminuje go[102]. Zakładając, że ten indywidualny pracodawca nie ma pośród swojej siły roboczej żadnych członków czterech Kościołów[103], logiczną linią obrony byłoby oczywiście to, że nie dyskryminuje on nikogo, z uwagi na to, że traktuje zupełnie tak samo wszystkich swoich pracowników. W jaki sposób taki pracodawca może być wówczas pociągnięty do odpowiedzialności za dyskryminację, jakiej nie był w stanie w ogóle popełnić?

195. Dwa ostatnie punkty ponownie podkreślają potrzebę logicznej spójności, bez względu na podejście, jakie Trybunał ostatecznie przyjmie, na dwóch poziomach: po pierwsze, w ramach niniejszej sprawy (rodzaj kontroli wiąże się z ramami porównywalności, które z kolei mają wpływ na środki prawne), i po drugie, horyzontalnie w odniesieniu do środków prawnych dostępnych w przypadku naruszenia niektórych źródeł prawa Unii.

196. Z przyczyn przedstawionych w tej i w poprzednich sekcjach jestem zdania, że osoby fizyczne mogą powoływać się na art. 21 ust. 1 karty [w związku z art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78], aby uchylić niezgodne przepisy prawa krajowego. Jednakże prawo Unii nie wymaga, aby koszty niezapewnienia przez państwo zgodności prawa krajowego z kartą ponosili w pierwszej kolejności stosujący te przepisy krajowe *prywatni* pracodawcy.

4. Wniosek w przedmiocie pytania czwartego

197. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytanie czwarte sądu odsyłającego:

W okolicznościach takich jak te w niniejszej sprawie, dotyczącej sporu między podmiotami prywatnymi:

– dopóki prawodawca nie ustanowi nieopartego na dyskryminacji systemu, przepisy prawa krajowego uznane za niezgodne z art. 21 ust. 1 karty w związku z art. 1, art. 2 ust. 2 lit. a) oraz art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78/WE nie mogą być stosowane;

– art. 21 ust. 1 karty w związku z art. 1, art. 2 ust. 2 lit. a) oraz art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78/WE nie mogą samoistnie tworzyć obowiązków po stronie pracodawcy;

– strona poszkodowana w wyniku takiego stosowania prawa krajowego może jednak powołać się na wyrok z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428), w celu uzyskania, w razie potrzeby, odszkodowania za poniesioną szkodę.

101 Punkty 45–54 powyżej.

102 Podejrzewam, że element ten był częściowo przyczyną nieporozumienia w kwestii porównywalności (pkt 46–48 powyżej).

103 Co statystycznie wydaje się dość prawdopodobne nie tylko w odniesieniu do Cresco Investigation, ale również w odniesieniu do szeregu innych austriackich pracodawców. Zostało potwierdzone, że członkowie czterech Kościołów stanowią około 2% osób czynnych zawodowo w Austrii.

V. Wnioski

198. Proponuję zatem, aby na pytania przedstawione przez Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

1) Wykładni art. 21 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej w związku z art. 1 i art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy należy dokonywać w taki sposób, że przepisy te stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym Wielki Piątek jest dniem wolnym od pracy z nieprzerwanym okresem odpoczynku w wymiarze co najmniej 24 godzin tylko dla członków Kościołów ewangelickich wyznania augsburskiego i helweckiego, Kościoła starokatolickiego i ewangelicko-metodystycznego, a w przypadku świadczenia pracy przez należącego do jednego z tych Kościołów pracownika, mimo iż dzień ten jest dniem wolnym od pracy, pracownik ten jest uprawniony do uzyskania, poza wynagrodzeniem za pracę, która nie musi być świadczona z uwagi na dzień wolny od pracy, wynagrodzenia za rzeczywiście świadczoną pracę, w sytuacji gdy innym pracownikom, którzy nie są członkami tych Kościołów, nie przysługuje takie uprawnienie.

2) W okolicznościach takich jak w niniejszej sprawie uregulowanie krajowe, które przyznaje dodatkowe wynagrodzenie, o którym mowa w pytaniu pierwszym, jedynie członkom niektórych Kościołów, świadczącym pracę w Wielki Piątek, nie stanowi środka koniecznego w społeczeństwie demokratycznym do tego, aby chronić prawa i wolności innych osób w rozumieniu dyrektywy 2000/78.

3) Uregulowanie krajowe przyznające dodatkowe wynagrodzenie, o którym mowa w pytaniu pierwszym, nie stanowi działania pozytywnego w rozumieniu art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78.

4) W okolicznościach takich jak te w niniejszej sprawie, dotyczącej sporu między podmiotami prywatnymi:

   – dopóki prawodawca nie ustanowi nieopartego na dyskryminacji systemu, przepisy prawa krajowego uznane za niezgodne z art. 21 ust. 1 karty praw podstawowych w związku z art. 1, art. 2 ust. 2 lit. a) oraz art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78 nie mogą być stosowane;

   – art. 21 ust. 1 karty praw podstawowych w związku z art. 1, art. 2 ust. 2 lit. a) oraz art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/78 nie mogą samoistnie tworzyć obowiązków po stronie pracodawcy;

   – strona poszkodowana w wyniku takiego stosowania prawa krajowego może jednak powołać się na wyrok z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428), w celu uzyskania, w razie potrzeby, odszkodowania za poniesioną szkodę.