



## Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA  
MICHAL BOBEK  
prednesené 25. júla 2018<sup>1</sup>

Vec C-193/17

**Cresco Investigation GmbH**  
**proti**  
**Markusovi Achatzimu**

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Oberster Gerichtshof (Najvyšší súd, Rakúsko)]

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania – Rovnosť zaobchádzania v zamestnaní a povolani – Vnútroštátna právna úprava priznávajúca určité práva obmedzenej skupine zamestnancov – Porovnateľnosť – Priama diskriminácia na základe náboženstva – Odôvodnenie – Pozitívne konanie – Horizontálne uplatňovanie Charty základných práv Európskej únie – Horizontálny priamy účinok Charty základných práv – Povinnosti zamestnávateľov a vnútroštátnych sudcov v prípade nezlučiteľnosti vnútroštátneho práva s článkom 21 ods. 1 Charty základných práv a článkom 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78/ES“

### I. Úvod

1. Podľa rakúskeho práva je Veľký piatok (plateným) sviatkom iba pre príslušníkov štyroch cirkví. Ak však príslušníci týchto cirkví v tento deň pracujú, majú skutočne nárok na dvojnásobok odmeny. Pán Markus Achatzi (ďalej len „navrhovateľ“) je zamestnaný spoločnosťou Cresco Investigations GmbH (ďalej len „odporca“). Navrhovateľ nie je príslušníkom žiadnej z uvedených štyroch cirkví. Za prácu, ktorú vykonal na Veľký piatok v roku 2015, preto nezískal ani platený sviatok, ani dvojnásobok odmeny.

2. Navrhovateľ zažaloval odporcu o dodatočnú odmenu, ktorú mal podľa jeho názoru dostať za prácu na Veľký piatok, keď tvrdil, že vnútroštátne pravidlo diskriminuje z dôvodu náboženstva a viery, pokiaľ ide o pracovné podmienky a odmenu. Práve v tomto kontexte sa Oberster Gerichtshof (Najvyšší súd Rakúsko) v podstate pýta Súdneho dvora, či je vnútroštátna právna úprava dotknutá vo veci samej s prihliadnutím na právo Únie diskriminačná, a ak áno, aký by bol dôsledok takého rozhodnutia pre obdobie predtým, ako vnútroštátny zákonodarca prijme nový, nediskriminačný právny režim: mali by mať prospech z práv súvisiacich so sviatkom na Veľký piatok a dodatočnú odmenu (platenú zamestnávateľom) všetci zamestnanci, alebo nemal by ju dostať žiaden z nich?

3. Vo svojich prejudiciálnych otázkach sa vnútroštátny súd odvoláva na „článok 21 Charty v spojení so“ smernicou 2000/78/ES.<sup>2</sup> Určitá *de facto* obsahová a aplikačná paralelnosť ustanovenia Charty a príslušnej sekundárnej legislatívy, ktorá je vyjadrením tohto ustanovenia Charty, určite nie je v judikatúre tohto súdu ničím novým. Pri riešení otázky *abstraktnej* zlučiteľnosti ustanovenia

<sup>1</sup> Jazyk prednesu: angličtina.

<sup>2</sup> Smernica Rady z 27. novembra 2000, ktorá ustanovuje všeobecný rámec pre rovnaké zaobchádzanie v zamestnaní a povolani (Ú. v. ES L 303, 2000, s. 16; Mim. vyd. 05/004, s. 79).

vnútroštátneho práva s Chartou a smernicou Únie<sup>3</sup> je otázka, čo presne sa uplatňuje na daný prípad, pravdepodobne druhoradá. V tomto prípade sa však od Súdneho dvora žiada, aby bol konkrétny, pokiaľ ide o dôsledky akejkoľvek takejto nezlučiteľnosti pre konkrétny (horizontálny) typ právneho vzťahu, čo si zase vyžaduje špecifickosť toho, s čím konkrétne by v takomto druhu vzťahu bola takáto vnútroštátna právna úprava nezlučiteľná.

## II. Právny rámec

### A. Právo Únie

#### 1. Charta základných práv

4. Článok 21 ods. 1 Charty základných práv Európskej únie (ďalej len „Charta“) stanovuje: „Zakazuje sa akákoľvek diskriminácia najmä z dôvodu pohlavia, rasy, farby pleti, etnického alebo sociálneho pôvodu, genetických vlastností, jazyka, náboženstva alebo viery, politického alebo iného zmýšľania, príslušnosti k národnostnej menšine, majetku, narodenia, zdravotného postihnutia, veku alebo sexuálnej orientácie.“

5. Článok 52 ods. 1 Charty stanovuje: „Akékoľvek obmedzenie výkonu práv a slobôd uznaných v tejto charte musí byť ustanovené zákonom a rešpektovať podstatu týchto práv a slobôd. Za predpokladu dodržiavania zásady proporcionality možno tieto práva a slobody obmedziť len vtedy, ak je to nevyhnutné a skutočne to zodpovedá cieľom všeobecného záujmu, ktoré sú uznané Úniou, alebo ak je to potrebné na ochranu práv a slobôd iných.“

#### 2. Smernica 2000/78

6. Články 1, 2 a 7 smernice 2000/78 stanovujú:

„Článok 1

Účel

Účelom tejto smernice je ustanovenie všeobecného rámca pre boj proti diskriminácii v zamestnaní a povolani na základe náboženstva alebo viery, zdravotného postihnutia, veku alebo sexuálnej orientácie, s cieľom zaviesť v členských štátoch uplatňovanie zásady rovnakého zaobchádzania.

Článok 2

Pojem diskriminácie

1. Na účely tejto smernice sa pod pojmom ‚zásada rovnakého zaobchádzania‘ rozumie, že nemá existovať žiadna priama alebo nepriama diskriminácia založená na ktoromkoľvek z dôvodov uvedených v článku 1.

3 Pokiaľ ide o to, či ustanovenie vnútroštátneho práva s určitými charakteristikami, vo všeobecnosti a v podstate bez ohľadu na povahu právneho vzťahu, v ktorom sa uplatňuje na vnútroštátnej úrovni, je zlučiteľné s právom Únie – pozri napríklad nedávny rozsudok z 19. júla 2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566).

2. Na účely odseku 1:

- a) o priamu diskrimináciu ide, ak sa z niektorého z dôvodov uvedených v článku 1 zaobchádza s jednou osobou nepriaznivejšie ako sa v porovnateľnej situácii zaobchádza, zaobchádzalo alebo by sa mohlo zaobchádzať s inou osobou;
- b) o nepriamu diskrimináciu ide, keď zdanlivo neutrálne ustanovenie, kritérium alebo prax by uviedla osoby určitého náboženstva alebo viery, s určitým zdravotným postihnutím, určitého veku alebo určitej sexuálnej orientácie do nevýhodného postavenia v porovnaní s inými osobami, iba ak

...

5. Táto smernica nebude mať žiadny vplyv na opatrenia stanovené vnútroštátnymi právnymi predpismi, ktoré sú v demokratickej spoločnosti potrebné pre verejnú bezpečnosť, na udržanie verejného poriadku a predchádzanie trestnej činnosti, na ochranu zdravia a ochranu práv a slobôd iných.

...

## Článok 7

Pozitívne konanie

1. Zásada rovnakého zaobchádzania nebude brániť žiadnemu členskému štátu, aby s cieľom zabezpečiť úplnú rovnosť v praxi naďalej ponechal v platnosti alebo prijal osobitné opatrenia na zamedzenie alebo kompenzáciu nevýhod súvisiacich s niektorým z dôvodov podľa článku 1.

...“

## B. Vnútroštátne právo

7. § 7 ods. 2 Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz), BGBl. Nr. 144/1983 (zákon o pracovnom pokoji; ďalej len „ARG“) z 3. februára 1983, v znení neskorších predpisov, uvádza 13 sviatkov, ktoré sa vzťahujú na všetkých zamestnancov. § 7 ods. 3 stanovuje, že pre príslušníkov evanjelickej cirkvi augsburského a helvétskeho vyznania, starokatolíckej cirkvi a evanjelickej cirkvi metodistickej je sviatkom aj Veľký piatok.

8. § 9 ARG v podstate stanovuje, že aj zamestnanec, ktorý nepracuje počas sviatku, má za tento deň nárok na plat v plnej výške (§ 9 ods. 1), a ak ho odpracuje, bude mu vyplatený jeho dvojnásobok (§ 9 ods. 5).

## III. Skutkový stav, konanie a prejudiciálne otázky

9. Každý, kto v Rakúsku počas ktoréhokoľvek z 13 platených sviatkov pracuje, dostane okrem bežného platu dodatočnú odmenu v rovnakej sume (ďalej len „mzdové zvýhodnenie“), čo v praxi znamená, že za prácu v také dni je zaplatený dvakrát. Keďže však Veľký piatok je plateným sviatkom výlučne pre príslušníkov uvedených štyroch cirkví, majú nárok na platený sviatok vo Veľký piatok, resp. na mzdové zvýhodnenie k ich bežnému platu, ak sa v ten deň rozhodnú pracovať, iba títo príslušníci.

10. Navrhovateľ je zamestnaný u odporcu, v súkromnej detektívnej kancelárii. Nepatrí k žiadnej z uvedených štyroch cirkví. Za prácu, ktorú vykonal na Veľký piatok, 3. apríla 2015, mu preto odporca neposkytol platený sviatok ani mzdové zvýhodnenie.

11. Svojou žalobou sa navrhovateľ domáha hrubej platby vo výške 109,09 eura plus úroky. Zákonná úprava, podľa ktorej Veľký piatok predstavuje sviatok iba pre príslušníkov uvedených štyroch cirkví spolu so mzdovým zvýhodnením, ak tento deň skutočne odpracujú, vedie podľa jeho názoru v prípade ostatných pracovných podmienok, resp. mzdy, k diskriminácii na základe náboženstva a viery.

12. Odporca nesúhlasí s týmto tvrdením a požaduje zamietnutie žaloby spojené so zodpovedajúcou náhradou trov konania. Tvrdí, že nedochádza k žiadnej diskriminácii.

13. Prvostupňový súd zamietol žalobný návrh, pričom vychádzal z toho, že právna úprava týkajúca sa Veľkého piatka predstavuje vecne odôvodnené rozdielne zaobchádzanie v rámci rôznych situácií.

14. Odvolací súd vyhovel navrhovateľovmu odvolaniu a zmenil prvostupňový rozsudok v tom zmysle, že žalobnému návrhu navrhovateľa vyhovel. Jeho rozhodnutie vychádza z predpokladu, že vnútroštátna právna úprava upravujúca rozdiely v zaobchádzaní v súvislosti s Veľkým piatkom je v rozpore s článkom 21 Charty, ktorý je priamo uplatniteľný. Rozhodol, že dochádza k priamej diskriminácii dotknutých zamestnancov z dôvodu náboženstva, ktorá nie je odôvodnená. Veľký piatok ako sviatok preto nemôže byť obmedzený na konkrétne skupiny zamestnancov, a teda navrhovateľ, ktorý na Veľký piatok 3. apríla 2015 pracoval, mal tiež nárok na mzdové zvýhodnenie.

15. Oberster Gerichtshof (Najvyšší súd) musí teraz rozhodnúť o opravnom prostriedku „Revision“ odporcu proti rozhodnutiu vydanému v odvolacom konaní, ktorým sa odporca domáha potvrdenia rozsudku prvostupňového súdu, ktorý zamietol žalobu. Tento súd rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

- „1. Má sa právo Únie, predovšetkým článok 21 Charty základných práv v spojení s článkom 1 a článkom 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78/ES, vykladať v tom zmysle, že v spore medzi zamestnancom a zamestnávateľom súvisiacom so súkromnoprávnym pracovným pomerom bráni takej vnútroštátnej právnej úprave, podľa ktorej je Veľký piatok sviatkom s neprerušenou dobou odpočinku aspoň 24 hodín iba pre príslušníkov evanjelickej cirkvi augsburského a helvétskeho vyznania, starokatolíckej cirkvi a evanjelickej cirkvi metodistickej, a ak zamestnanec [ktorý je príslušníkom jednej z týchto cirkví] pracuje napriek tomu, že tento deň je sviatkom, má okrem nároku na úhradu za prácu, ktorá nemusí byť vykonaná z titulu, že tento deň je dňom sviatku, nárok na zaplatenie za skutočne vykonanú prácu, zatiaľ čo ostatní zamestnanci, ktorí nie sú príslušníkmi týchto cirkví, takýto nárok nemajú?
2. Má sa právo Únie, predovšetkým článok 21 Charty základných práv v spojení s článkom 2 ods. 5 smernice 2000/78/ES, vykladať v tom zmysle, že vnútroštátna právna úprava opísaná v prvej prejudiciálnej otázke, ktorá – podľa počtu obyvateľov a príslušnosti väčšiny k rímsko-katolíckej cirkvi – priznáva práva a nároky iba relatívne malej skupine príslušníkov (iných) cirkví, nie je smernicou 2000/78/ES dotknutá, pretože ide o opatrenie, ktoré je v demokratickej spoločnosti nevyhnutné na zabezpečenie ochrany práv a slobôd iných, predovšetkým slobody vierovyznania?
3. Má sa právo Únie, predovšetkým článok 21 Charty základných práv v spojení s článkom 7 ods. 1 smernice 2000/78/ES, vykladať v tom zmysle, že vnútroštátna právna úprava opísaná v prvej prejudiciálnej otázke predstavuje pozitívne a osobitné opatrenie v prospech príslušníkov cirkví uvedených v prvej otázke, ktoré má zaručiť ich úplnú rovnoprávnosť v pracovnom živote, aby sa zabránilo ich diskriminácii na základe náboženstva alebo aby sa ich znevýhodnenie vyvážilo, ak sa im tým prizná rovnaké právo praktizovať vierovyznanie počas pracovnej doby cez sviatok, ktorý je pre dané náboženstvo veľmi dôležitý, aké podľa inej vnútroštátnej právnej úpravy existuje pre väčšinu zamestnancov na základe toho, že počas sviatkov tohto náboženstva, ku ktorému sa hlási väčšina pracovníkov, je vo všeobecnosti pracovné voľno?

V prípade potvrdenia diskriminácie v zmysle článku 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78/ES:

4. Má sa právo Únie, predovšetkým článok 21 Charty základných práv v spojení s článkom 1, článkom 2 ods. 2 písm. a) a s článkom 7 ods. 1 smernice 2000/78/ES vykladať v tom zmysle, že pokiaľ zákonodarca nevytvoril nediskriminačnú právnu situáciu, je zamestnávateľ v súkromnom sektore povinný priznať všetkým zamestnancom, a to bez ohľadu na ich vierovyznanie, práva a nároky uvedené v prvej prejudiciálnej otázke vo vzťahu k Veľkému piatku, alebo sa vnútroštátna právna úprava opísaná v prvej otázke nesmie uplatniť ako celok, takže práva a nároky uvedené v prvej otázke nemožno priznať žiadnemu zamestnancovi?“

16. Písomné vyjadrenia predložil navrhovateľ a odporca, rakúska, talianska a poľská vláda a Európska komisia. Títo účastníci konania tiež predniesli ústne pripomienky na pojednávaní, ktoré sa konalo 10. apríla 2018.

## IV. Posúdenie

### A. Úvod

17. Domnievam sa, že priznanie plateného sviatku na Veľký piatok iba členom uvedených štyroch cirkví spolu so mzdovým zvýhodnením v prípade, že tieto osoby v daný deň pracujú, predstavuje diskrimináciu na základe náboženstva v zmysle článku 21 ods. 1 Charty a priamu diskrimináciu v zmysle článku 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78 (prvá prejudiciálna otázka položená vnútroštátnym súdom, ktorou sa zaoberám v časti C nižšie). Nenachádzam žiadne platné odôvodnenie tejto diskriminácie (druhá prejudiciálna otázka, časť D). Podľa môjho názoru tiež nemožno kvalifikovať toto zaobchádzanie ako „pozitívne konanie“ (tretia prejudiciálna otázka, časť E).

18. Podľa môjho názoru je zložitejšou otázkou v tejto veci to, aké sú právne účinky tohto (abstraktného) záveru o existencii diskriminácie prijatého na základe smernice (ktorá nemá horizontálny priamy účinok medzi súkromnými fyzickými osobami) a ustanovenia Charty v spore medzi súkromnými osobami. Zásada prednosti vyžaduje, aby sa vnútroštátna právna úprava neuplatnila. Je však buď z tejto zásady alebo z článku 21 ods. 1 Charty, ktorý má potenciálne horizontálne priamy účinok, možné tiež odvodiť, že zamestnávateľ (subjekt súkromného práva) je podľa práva Únie povinný platiť všetkým osobám bez ohľadu na ich náboženské presvedčenie, ktoré pracujú na Veľký piatok, okrem ich bežného platu aj mzdové zvýhodnenie? Podľa môjho názoru to možné nie je. Právo Únie však vyžaduje, aby mal zamestnanec účinný opravný prostriedok, ktorý môže zahŕňať možnosť podať žalobu o náhradu škody proti členskému štátu (štvrtá prejudiciálna otázka, časť F nižšie).

19. Predtým, ako sa vrátim k prejudiciálnym otázkam vnútroštátneho súdu v poradí, v akom boli položené, budem sa venovať otázke právomoci, ktorú položili talianska a poľská vláda v súvislosti s článkom 17 ZFEÚ.

### B. Právomoc Súdneho dvora

20. Vo svojich písomných a ústnych vyjadreniach poľská vláda tvrdila, že pravidlá týkajúce sa sviatku na Veľký piatok v tejto veci sú pravidlami, ktoré upravujú vzťahy medzi uvedenými štyrmi cirkvami a rakúskym štátom. Ako také spadajú pod pojem „postavenie, ktoré majú cirkvi a náboženské združenia alebo spoločenstvá podľa vnútroštátneho práva“, ktoré sú uvedené v článku 17 ods. 1 ZFEÚ. Súdny dvor preto nemá právomoc odpovedať na prejudiciálne otázky, ktoré položil vnútroštátny súd.

Na ústnom pojednávaní použila talianska vláda podobnú argumentáciu vo vzťahu k článku 17 ZFEÚ. Dospela k záveru, že Súdny dvor by mal odpovedať na prejudiciálne otázky, ktoré mu boli položené, potvrdením výlučnej právomoci členských štátov rozhodovať o priznaní sviatku alebo mzdového zvýhodnenia určitým náboženským skupinám.

21. Domnievam sa, že tieto tvrdenia sa musia odmietnuť.

22. V rozsudku vo veci Egenberger Súdny dvor rozhodol, že „článok 17 ZFEÚ vyjadruje neutralitu Únie voči tomu, ako si členské štáty zorganizujú svoje vzťahy s cirkvami a náboženskými združeniami a spoločenstvami“<sup>4</sup>. Vo svojich návrhoch v tej istej veci generálny advokát Tančev dodal, že požiadavka neutrality neznamená, že vzťahy medzi cirkvou a štátom sú úplne chránené pred akýmkoľvek preskúmaním súladu so základnými právami Únie (alebo všeobecnejšie s právom Únie) „bez ohľadu na okolnosti“<sup>5</sup>. V rozsudku Egenberger Súdny dvor skutočne výslovne potvrdil, že „[článok 17 ZFEÚ] nemôže viesť k tomu, že dodržiavanie kritérií stanovených v článku 4 ods. 2 smernice 2000/78 nebude podliehať účinnému súdnemu preskúmaniu“<sup>6</sup>.

23. Vo všeobecnosti generálni advokáti v rozsudkoch Achbita a Egenberger navrhli, že článok 17 ZFEÚ „doplňuje a konkretizuje článok 4 ods. 2 ZFEÚ“. Na základe článku 4 ods. 2 ZFEÚ „nemožno konštatovať, že niektoré oblasti alebo činnosti by boli v celom rozsahu vylúčené z pôsobnosti smernice 2000/78“<sup>7</sup>.

24. V podobnom duchu sa zdá, že v rozsudku Congregación de Escuelas Pías de Betania<sup>8</sup> článok 17 ods. 1 ZFEÚ nijako nezabránil uplatňovaniu pravidiel Únie o štátnej pomoci na príjmy cirkví. Otázkou článku 17 ods. 1 ZFEÚ sa v rozsudku ani vôbec nezaoberal<sup>9</sup> napriek tomu, že podstata veci sa mohla vykladať tak, že sa týka finančných vzťahov medzi cirkvou a štátom alebo že má významný dopad na finančné postavenie cirkví.

25. Záver vyplývajúci z tejto judikatúry je pomerne jednoznačný: článok 17 ods. 1 ZFEÚ skutočne potvrdzuje neutralitu práva Únie, pokiaľ ide o postavenie cirkví, a vyžaduje, aby tento stav nebol dotknutý. Domnievam sa, že Európska únia sa vyhlasuje za úplne neutrálnu, až agnostickú, čo sa týka dojednaní medzi členskými štátmi a cirkvou v užšom zmysle: napríklad či sa členský štát definuje ako nábožensky prísne neutrálny, alebo či má členský štát vôbec štátnu cirkev. Takéto vyhlásenie neutrality je dôležitým *principiálnym vyhlásením*. Nad rámec tohto užšieho chápania môže slúžiť aj ako *interpretačný nástroj*, ktorý je prierezovo uplatniteľný, ako je to skutočne v prípade ostatných hodnôt a záujmov obsiahnutých v hlave II prvej časti ZFEÚ (nazvanej „Všeobecne uplatniteľné ustanovenia“) v iných oblastiach práva Únie: pokiaľ sú všetky ostatné faktory rovnaké, treba uprednostniť taký výklad práva Únie, ktorý maximalizuje hodnoty alebo záujmy, ktoré sa odrážajú v týchto ustanoveniach.

26. Okrem týchto dvoch rozmerov však nemožno podľa môjho názoru článok 17 ods. 1 ZFEÚ chápať tak, že jeho následkom je, že *akékoľvek* vnútroštátne pravidlá týkajúce sa vzťahu medzi štátom a cirkvami alebo postavenia cirkví sa jednoducho vymyká pôsobnosti práva Únie. Podobne ako oslobodenia od dane sa nevymykajú pôsobnosti pravidiel štátnej pomoci práva Únie výlučne z dôvodu, že sa týkajú cirkvi, víno sa nevymyká pôsobnosti pravidiel Zmluvy o voľnom pohybe tovaru iba preto, že ide o sviatostné víno určené na liturgické účely. Jednoducho povedané, „rešpektovanie postavenia“ nie je možné vykladať ako „skupinovú výnimku“ pre akúkoľvek záležitosť, ktorá sa dotýka cirkvi alebo náboženského spoločenstva.

4 Rozsudok zo 17. apríla 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 58).

5 Návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Tančev vo veci Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, bod 93, pozri tiež bod 88).

6 Rozsudok zo 17. apríla 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 58).

7 Návrhy, ktoré predniesla generálna advokátka Kokott vo veci G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, bod 32). Návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Tančev vo veci Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, bod 95).

8 Rozsudok z 27. júna 2017 (C-74/16, EU:C:2017:496).

9 Pozri však návrhy, ktoré v uvedenej veci predniesla generálna advokátka Kokott (C-74/16, EU:C:2017:135, body 29 až 33).

27. Preto neviem, ako by mohla byť právna úprava, ktorá ukladá všetkým zamestnávateľom (bez ohľadu na ich vieru alebo absenciu viery) povinnosť priznať platený sviatok zamestnancom, ktorí sú príslušníkmi uvedených štyroch cirkví (alebo mzdové zvýhodnenie tým príslušníkom cirkví, ktorí v daný deň pracujú) na základe článku 17 ods. 1 ZFEÚ úplne chránená pred preskúmaním vo svetle Charty alebo smernice 2000/78.

28. Toto chápanie článku 17 ods. 1 ZFEÚ ďalej podporuje skutočnosť, že článok 17 ods. 2 ZFEÚ poskytuje analogickú záruku neutrality, pokiaľ ide o postavenie filozofických a nekonfesijných organizácií. Keďže Európska únia sa v článku 17 ods. 2 ZFEÚ zaväzuje k „rovnakému rešpektovaniu“ postavenia takýchto organizácií, akékoľvek „oslobodenie“, ktoré by bolo hypoteticky priznané cirkvám a náboženským združeniam alebo spoločenstvám, by sa okamžite stalo uplatniteľným aj na všetky filozofické organizácie (ktoré sú prevažne nedefinované a prenechané právnym predpisom členských štátov). Článok 17 ods. 2 tak ďalej zdôrazňuje skutočnosť, že zámerom jednoznačne nemohlo byť vyňatie akýchkoľvek vzťahov, priamych alebo nepriamych, medzi členskými štátmi a takými organizáciami z pôsobnosti práva Únie.

29. Vzhľadom na vyššie uvedené navrhujem Súdny dvor, aby odmietol tvrdenia talianskej a poľskej vlády, že Súdny dvor buď nemá právomoc na zodpovedanie položených prejudiciálnych otázok, alebo že predmet nespadá do pôsobnosti Európskej únie.

### C. O prvej prejudiciálnej otázke

30. Svojou prvou prejudiciálnou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či článok 21 ods. 1 Charty a článok 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78 bránia vnútroštátnej právnej úprave, ktorá by priznávala platený sviatok na Veľký piatok iba príslušníkom uvedených štyroch cirkví a mzdové zvýhodnenie v prípade, že ich príslušník v ten deň pracuje.

31. Domnievam sa, že takáto právna úprava predstavuje diskrimináciu v zmysle týchto ustanovení.

32. Vo všeobecnosti priama diskriminácia existuje tam, kde sa s osobou i) zaobchádza nepriaznivejšie ii) ako s inou osobou v porovnateľnej situácii iii) na základe chráneného dôvodu (v tomto prípade náboženstva) iv) bez akéhokoľvek objektívneho odôvodnenia takéhoto rozdielu v zaobchádzaní.<sup>10</sup>

33. Otázka potenciálnych odôvodnení podľa bodu iv) je predmetom druhej prejudiciálnej otázky vnútroštátneho súdu (časť D nižšie).

34. Čo sa týka bodov i) a iii), je podľa mňa jasné, že v tejto veci dochádza k nepriaznivejšiemu zaobchádzaniu na základe náboženstva. Toto nepriaznivejšie zaobchádzanie spočíva v tom, že zamestnanci, ktorí nie sú príslušníkmi uvedených štyroch cirkví, dostávajú normálnu alebo „jedinú“ odmenu za prácu na Veľký piatok, zatiaľ čo príslušníci uvedených štyroch cirkví v podstate dostávajú dvojnásobnú odmenu. Uvedomujem si však, že navrhovateľ v prejednávanej veci neargumentuje tým, že odopretie plateného sviatku na Veľký piatok každému, kto nie je príslušníkom niektorej zo štyroch cirkví, je tiež menej priaznivým zaobchádzaním na základe náboženského vyznania.<sup>11</sup>

35. Posledná zložka analýzy diskriminácie, ktorou je porovnateľnosť, predstavuje v tejto veci zložitejšiu otázku. Vyžaduje si dvojité objasnenie. Po prvé, kto sa porovnáva: jednotlivé osoby alebo skupiny osôb (2)? Po druhé, aké sú potom relevantné charakteristiky porovnania? Na akej úrovni abstrakcie sa má porovnanie vykonávať (3)?

10 Nedávno všeobecne napríklad rozsudky z 5. júla 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, body 29 až 31), a z 12. decembra 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, bod 31), samozrejme s tým rozdielom, že v kontexte Charty musí byť akékoľvek takéto odôvodnenie v súlade s jej článkom 52 ods. 1, zatiaľ čo v kontexte smernice 2000/78 s článkom 2 ods. 5.

11 Rozdiely medzi týmito dvoma dávkami rozoberám v bodoch 40 až 44 a bodoch 82 až 86 nižšie.

36. Predtým, ako sa budem zaoberať týmito bodmi podrobne, sú potrebné určité predbežné objasnenia k parametrom analýzy.

### **1. Parametre analýzy: typ preskúmania, rozhodné právo a presná povaha príslušnej dávky**

37. Po prvej prvej a štvrtá prejudiciálna otázka vnútroštátneho súdu majú dve roviny. Prvá rovina sa týka *abstraktného* posúdenia zlučiteľnosti, keď vnútroštátny súd žiada o preskúmanie zlučiteľnosti vnútroštátnej právnej úpravy s článkom 21 ods. 1 Charty v spojení s článkom 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78. Druhá rovina, na ktorú vnútroštátny súd nepriamo poukazuje vo svojej prvej prejudiciálnej otázke a ktorú následne výslovne formuluje vo štvrtej otázke, spočíva v skutočnosti, že vnútroštátna vec sa týka súdneho sporu medzi súkromnými osobami. Aký by bol teda pri tomto druhu vzťahu *skutočný* dôsledok akéhokoľvek potenciálneho rozhodnutia, že právna úprava členského štátu, ako je opísaná v rozhodnutí vnútroštátneho súdu, je nezlučiteľná s právom EÚ?

38. V týchto návrhoch sa zaoberám týmito dvoma rovinami samostatne. Skutočnosť, že sú skutočne prepojené, bola v tomto konaní príčinou pomerne veľkého zmätku, a to tak na úrovni opravných prostriedkov, ako aj v rámci diskusie o porovnateľnosti. Mnou navrhovaná odpoveď na prvú prejudiciálnu otázku vnútroštátneho súdu, ktorá je uvedená v tejto časti B, je preto všeobecná a týka sa iba (abstraktného) preskúmania pravidiel zlučiteľnosti. Dôsledkami takéhoto potenciálneho zistenia pre konkrétnu, individuálnu vec sa zaoberám vo štvrtej prejudiciálnej otázke (časť F).

39. Po druhé s týmto bodom je spojená otázka uplatniteľného práva. Ak bola Súdneho dvoru položená otázka, či článok 21 ods. 1 Charty a článok 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78 bránia ustanovenia vnútroštátnych právnych predpisov, Súdny dvor v minulosti posúdil vecnú zlučiteľnosť s uvedeným ustanovením smernice a v podstate rozšíril rovnakú analýzu na článok 21 ods. 1 Charty.<sup>12</sup> Pokiaľ ide o otázku abstraktného preskúmania zlučiteľnosti, obidva zdroje práva Únie sú jednoznačne uplatniteľné.<sup>13</sup> Z týchto dôvodov sa pri zodpovedaní prvej až tretej prejudiciálnej otázky vnútroštátneho súdu zohľadnia oba súbežne. Naopak, situácia sa stáva o niečo zložitejšia v kontexte odpovede na štvrtú prejudiciálnu otázku.

40. Po tretie analýza diskriminácie musí byť vykonaná „so zreteľom na dotknutú dávku“<sup>14</sup>. V prejednávanej veci sa príslušníkom uvedených štyroch cirkví priznávajú rôzne „dávky“ (zatiaľ čo osobám, ktoré do tejto skupiny nepatria, sa odopierajú), a to: a) platený sviatok a b) mzdové zvýhodnenie v prípade, že príslušník cirkvi v tento deň pracuje.

41. Domnievam sa, že na rozhodnutie v tejto veci sa treba konkrétne zaoberať iba údajnou diskriminačnou povahou mzdového zvýhodnenia. Z opisu skutkového stavu uvedeného v návrhu na začatie prejudiciálneho konania totiž vyplýva, že vo vnútroštátnom konaní pred vnútroštátnymi súdmi navrhovateľ *neuplatňuje nárok na platený sviatok na Veľký piatok*. Uplatňuje si nárok na *mzdové zvýhodnenie* za to, že v uvedený deň pracoval.

42. Preto nepriaznivejším zaobchádzaním<sup>15</sup>, ktorého sa sťažnosť týka a vo vzťahu ku ktorému sa musí vykonať analýza diskriminácie, je konkrétne nevyplatenie mzdového zvýhodnenia. Aj v tomto zmysle rozumiem prvej prejudiciálnej otázke vnútroštátneho súdu, ktorá sa konkrétne odvoláva na § 7 ods. 3 v spojení s § 9 ods. 5 ARG (upravujúce dvojnásobnú odmenu pre tých zamestnancov, ktorí počas sviatku pracujú), a nie na § 7 ods. 3 a § 9 ods. 1 ARG (upravujúce právo na odmenu, aj keď osoba počas sviatku nepracuje).

12 Nedávno napríklad rozsudok z 19. júla 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, body 16 až 18 a 47).

13 Podrobnejšie pozri moje návrhy vo veci Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:235, body 20 až 36).

14 Rozsudok z 19. júla 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, bod 25). Pozri tiež rozsudok z 1. októbra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 32).

15 V zmysle kroku i) testu diskriminácie uvedeného vyššie v bode 32.



43. Úplne rozumiem tomu, že všetky tieto ustanovenia sú vo vnútroštátnom práve prepojené. Ak je deň vyhlásený za sviatok podľa vnútroštátneho práva, začína sa uplatňovať celý režim pre sviatky vrátane práva na odmenu za daný deň, aj keď počas neho osoba nepracuje, ako aj práva na vyplatenie dvojnásobku mzdy, ak osoba v daný deň pracuje (mzdové zvýhodnenie). Presne toto je však súčasťou problému: ak boli určité dávky alebo nároky vnútroštátnym právom zoskupené, a to s rovnakým odôvodnením, je pomerne ťažké ich neskôr rozdeliť a odignorovať všetky dôsledky, ktoré s nimi vnútroštátne právo spája.

44. Pre úplnosť sa napriek tomu na konci tejto časti vrátim k otázke plateného sviatku.<sup>16</sup>

## **2. Kto sa má porovnávať: jednotlivé osoby alebo skupiny?**

45. Navrhovateľ, odporca, rakúska vláda, ako aj Komisia v podstate navrhli porovnať rovnaké skupiny, a to i) príslušníkov uvedených štyroch cirkví, a ii) navrhovateľa *ako niekoho, kto nie je príslušníkom žiadnej z uvedených štyroch cirkví*.

46. Mimo tejto základnej zhody sa však začali objavovať rozdiely. Konkrétne boli vyjadrené rozdielne názory, pokiaľ ide o to, či by to mal byť individuálny žalobca ako fyzická osoba alebo žalobca ako zástupca skupiny, kto by mal byť porovnávaný.

47. Vo svojich písomných podaniach Komisia najprv porovnáva navrhovateľa s príslušníkmi uvedených štyroch cirkví. Ďalej porovnáva hypotetické skupiny ostatných zamestnancov v Rakúsku s príslušníkmi uvedených štyroch cirkví a uvádza, že rozhodnutie, či vnútroštátna právna úprava vedie k diskriminácii v týchto veciach, prináleží vnútroštátnemu súdu. Aj iní účastníci konania rozšírili porovnanie aj na ďalšie osoby okrem navrhovateľa. Napríklad odporca porovnáva príslušníkov uvedených štyroch cirkví s „väčšinou“ zamestnancov, ktorí sú schopní vyznávať svoje náboženstvo (ak nejaké vyznávajú) v rámci sviatkov, ktoré už boli priznané.

48. Komisia sa ďalej domnievala, že priznanie plateného sviatku príslušníkom uvedených štyroch cirkví *nepredstavuje* diskrimináciu *navrhovateľa*, o ktorom Komisia predpokladá, že je ateista. Okrem jeho vyhlásenia, že nie je príslušníkom žiadnej z uvedených štyroch cirkví, nebola viera navrhovateľa v skutočnosti nikdy výslovne potvrdená pred týmto Súdny dvorom.

49. Odôvodnenie Komisie poukazuje na zaujímavá vec. Komisia sa odkláňa od skúmania zlučiteľnosti vnútroštátnych opatrení, ktoré boli opísané v rozhodnutí vnútroštátneho súdu, s právom Únie a zameriava sa na konkrétnu vec navrhovateľa. Tým pomáha zdôrazniť predtým navrhnutý argument:<sup>17</sup> otázka existencie diskriminačného opatrenia, ktorému bráni právo Únie (čo je predmetom prvej otázky vnútroštátneho súdu a všeobecného, abstraktného preskúmania zlučiteľnosti), je otázka, ktorú je najlepšie oddeliť od dôsledkov akejkoľvek takejto legislatívnej diskriminácie v konkrétnej veci (čo je predmetom štvrtej prejudiciálnej otázky).<sup>18</sup>

50. Táto logika má systémovú podporu vo veciach, v ktorých bol Súdny dvor požiadaný, aby posúdil prípady legislatívnej diskriminácie. Judikatúra rozlišuje medzi „diskrimináciou vyplývajúcou priamo z legislatívnych ustanovení alebo kolektívnych zmlúv“ a diskrimináciou zo strany zamestnávateľa „v tej istej prevádzke“. Inými slovami, diskriminácia, ktorá má na jednej strane pôvod u *zákonodarcu* a na druhej strane u *zamestnávateľa*.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Body 82 až 86 nižšie.

<sup>17</sup> Pozri body 37 a 38 vyššie.

<sup>18</sup> V tejto súvislosti pozri rozsudok vo veci Feryn, kde zdrojom diskriminácie bola náborová politika zamestnávateľa zameraná proti prisťahovalcom a považovalo sa za *zbytočné identifikovať obeť* s cieľom preukázať existenciu diskriminácie [rozsudok z 10. júla 2008 (C-54/07, EU:C:2008:397, bod 40)].

<sup>19</sup> Pozri napríklad rozsudky z 8. apríla 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, bod 40), a zo 17. septembra 2002, Lawrence a i. (C-320/00, EU:C:2002:498, bod 17).

51. V prejednávanej veci má údajná diskriminácia pôvod v *ustanoveniach právnych predpisov* a Súdny dvor je požiadaný o posúdenie zlučiteľnosti týchto ustanovení s právom Únie. Pri tomto type situácie porovnanie vykonávané Súdny dvorom v podstate využíva ako východisko pre svoju analýzu skupiny vymedzené v právnych predpisoch. Skutočnosť, že konkrétny žalobca je príslušník takejto skupiny, je samozrejme dôležitá pre identifikáciu jednej zo skupín, ktoré budú porovnávané. Individuálna situácia takéhoto žalobcu môže tiež ilustrovať účinné pôsobenie všeobecných pravidiel posudzovaných v jednotlivých prípadoch. Naďalej však platí, že v rámci akéhokoľvek takéhoto abstraktného skúmania v prípade legislatívnej diskriminácie sa budú porovnávať a rámec pre analýzu porovnateľnosti budú predstavovať skupiny osôb, nie jednotlivé fyzické osoby.

52. Tak to bolo napríklad v rozsudkoch Mangold a Küçükdeveci týkajúcich sa diskriminácie na základe veku.<sup>20</sup> Navrhovatelia v týchto veciach tvrdili, že boli diskriminovaní z dôvodu ich veku. Vnútroštátne pracovné právo umožňovalo, aby *ľudia v ich vekových skupinách* získali menší rozsah ochrany, ako bol priznaný *iným vekovým skupinám*. Ich zamestnávateľia uplatnili tieto nižšie štandardy na navrhovateľov. Súdny dvor dospel k záveru, že také *vnútroštátne právne predpisy* sú diskriminačné a právo Únie im bráni. Pritom neporovnával situáciu každého z navrhovateľov so situáciou ich spolupracovníkov. Porovnanie sa v praxi namiesto toho vykonalo medzi zaobchádzaním so znevýhodnenejšou vekovou skupinou a zaobchádzaním so zvýhodnenejšími vekovými skupinami (inými slovami skupinami, ktoré boli v napadnutých právnych predpisoch abstraktné vymedzené).<sup>21</sup>

53. Prístup Súdneho dvora v takýchto veciach poukazuje na skutočnosť, že právna analýza má jednoznačne povahu abstraktného, všeobecného *preskúmania zlučiteľnosti* vnútroštátnych právnych predpisov s právom Únie, a nie vyšetrovanie diskriminácie konkrétneho žalovaného zamestnávateľa, ku ktorej dochádza medzi navrhovateľom a jeho spolupracovníkmi.<sup>22</sup>

54. Podľa môjho názoru je v tejto veci dôležité mať tieto argumenty na pamäti. A to preto, že okrem otázky zlučiteľnosti sa vnútroštátny súd vo svojej štvrtej prejudiciálnej otázke konkrétne pýta, ako konkrétne a prakticky odstrániť danú diskrimináciu. Táto prejudiciálna otázka prinesie do centra pozornosti „zdroj“ diskriminácie, ako aj orgán, ktorý „je zodpovedný za nerovnosť a ktorý by mohol obnoviť rovnaké zaobchádzanie“<sup>23</sup>.

### 3. Aké skupiny: charakteristiky považované za základ pre porovnanie

55. Ako som už uviedol, väčšina zainteresovaných strán, ktoré predložili podania, sa pýtala, či sa navrhovateľ nachádza v podobnej situácii ako príslušníci uvedených štyroch cirkví. Toto porovnanie však bolo vykonané s odkazom na rôzne charakteristiky vo vzťahu k inému porovnávaciemu bodu. Táto diferenciácia vytvára rôzny súbor porovnateľných skupín.

20 Rozsudky z 22. novembra 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), a z 19. januára 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

21 Vo veciach Mangold a Küçükdeveci bol (a v prejednávanej veci je) navrhovateľom člen znevýhodnenej skupiny. Pre podobný prístup, avšak s menšou istotou, či predmetné opatrenie skutočne je (iba) v prospech alebo (iba) v neprospech určitej skupiny, pozri rozsudok z 19. júla 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

22 To je v rozpore s prístupom vo veciach, keď diskriminácia pochádza zo strany zamestnávateľa a v mnohých veciach je najprv nutné identifikovať špecifické skupiny spolupracovníkov, s ktorými sa zaobchádza priaznivo, aby bolo vôbec možné vykonať akékoľvek porovnanie. V tomto zmysle pozri rozsudky zo 17. septembra 2002, Lawrence a i. (C-320/00, EU:C:2002:498), a z 13. januára 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18).

23 Rozsudky zo 17. septembra 2002, Lawrence a i. (C-320/00, EU:C:2002:498, body 17 a 18), a z 13. januára 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, body 45 a 46). Toto rozlíšenie má jasný vplyv na otázku dostupných opravných prostriedkov, ktoré sú podrobne opísané v bodoch 172 až 196 nižšie.

56. Vo všeobecnosti povedané účastníci konania navrhli tri alternatívy v závislosti od zvolenej úrovne abstrakcie:

- i) zamestnanci, pre ktorých je Veľký piatok najdôležitejším náboženským sviatkom roka („úzky porovnávací ukazovateľ“, v podstate stanovisko rakúskej vlády a odporcu). Ak by sa uplatnil tento úzky porovnávací ukazovateľ, a na základe podaní navrhovateľa predložených na pojednávaní, navrhovateľ by nebol v podobnej situácii ako príslušníci uvedených štyroch cirkví. Vylučovalo by to akúkoľvek porovnateľnosť a znamenalo by to, že k diskriminácii nedochádza;
- ii) zamestnanci, pre ktorých existuje „obzvlášť významný“ (náboženský) sviatok, ktorý nekoliduje so žiadnym iným sviatkom, ktoré je už uznaný podľa vnútroštátneho práva („stredný porovnávací ukazovateľ“, v podstate stanovisko Komisie). Na základe tohto porovnávacieho ukazovateľa nie je jednoznačné, či by sa navrhovateľ nachádzal v podobnej situácii ako príslušníci uvedených štyroch cirkví, pretože jeho náboženské presvedčenie nie je známe. V konečnom dôsledku by to predstavovalo faktickú otázku pre vnútroštátny súd;
- iii) zamestnanci pracujúci na Veľký piatok, ktorí sú odlišovaní od ostatných zamestnancov na základe náboženstva vo vzťahu k odmeňovaniu za tento deň („široký porovnávací ukazovateľ“, v podstate pozícia navrhovateľa v tejto veci). Na základe tohto porovnávacieho ukazovateľa by sa žalobca nachádzal v podobnej situácii ako príslušníci uvedených štyroch cirkví pracujúcich na Veľký piatok. To by v zásade znamenalo, že diskriminácia existuje.

57. Predtým, ako sa budem zaoberať vhodným porovnávacím ukazovateľom v tejto veci, by bolo vhodné zaoberať sa širšou otázkou. Vo svojich písomných otázkach predložených stranám v tejto veci sa Súdny dvor pýtal, či je možné zo zásady odmietnuť porovnateľnosť na základe podozrivého dôvodu výslovne uvedeného v článku 21 ods. 1 Charty a článku 1 smernice 2000/78 (v tomto prípade náboženstvo).

58. Vo veciach, ktoré zahŕňajú rozdiely v zaobchádzaní priamo súvisiace so samotným podozrivým dôvodom, Súdny dvor dôsledne predpokladá existenciu diskriminácie.<sup>24</sup> Ak ich vôbec posudzuje, Súdny dvor vo všeobecnosti v takýchto kontextoch nevenuje pozornosť argumentom týkajúcim sa absencie porovnateľnosti.<sup>25</sup>

59. Nemyslím si však, že je možné v abstraktnej forme potvrdiť, že rozdiel v zaobchádzaní založený na podozrivom dôvode *sa musí vo všetkých veciach* rovnať priamej diskriminácii.<sup>26</sup> Možnosť, že podozrivý dôvod môže sám osebe poprieť porovnateľnosť, nie je možné úplne vylúčiť.<sup>27</sup>

24 Rozsudky z 8. novembra 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, body 12 a 17); z 8. novembra 1990, Han Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, bod 13); z 27. februára 2003, Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, bod 39). a z 1. apríla 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, bod 72). To je jednoznačne prípad, keď sa odlišné zaobchádzanie výslovne zakladá na podozrivom dôvode [napríklad rozsudok z 5. júla 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, body 32 až 34)]. Obyčajný odkaz uvedený v opatrení na podozrivý dôvod však sám osebe nepostačuje na vyvodenie záveru, že ide o priamu diskrimináciu [pozri rozsudky zo 14. marca 2017, Bougnaoui a ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204, bod 32), a zo 14. marca 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203, bod 30)]. Súdny dvor použil podobný prístup, keď podozrivý dôvod predstavuje motiváciu pre rozdielne zaobchádzanie [pozri napríklad rozsudok zo 16. júla 2015, ČEZ Rozpredelenie Bãlgarija (C-83/14, EU:C:2015:480, bod 91)], alebo v praxi sa dotýka iba skupiny, ktorú je možné identifikovať na podozrivom dôvode [napríklad rozsudok z 20. septembra 2007, Kiiski (C-116/06, EU:C:2007:536, bod 55)].

25 Pozri napríklad rozsudok z 19. júla 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, body 25 až 28). Ako príklad rozsudku, v ktorom bola porovnateľnosť zamietnutá, pozri rozsudok z 1. októbra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 Iný pohľad je uvedený v návrhoch, ktoré predniesla generálna advokátka Sharpston vo veci Bressol a i. (C-73/08, EU:C:2009:396, bod 55).

27 Rozsudok z 1. októbra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 40).

60. Mám podozrenie, že podobne ako v mnohých iných veciach bude „pes zakopaný“ v úrovni podrobnosti, na ktorej bude základ pre rozlišovanie naformulovaný. Podozrivý dôvod je vždy abstraktný (napríklad vylúčenie diskriminácie na základe náboženstva). Pravidlá vytvárajúce rámec porovnateľnosti v jednotlivých prípadoch sú však nevyhnutne podrobnejšie a často zohľadňujú aj iné záujmy a úvahy (napríklad pravidlá o sviatkoch a odmeňovaní). V praxi bude teda dosť zriedkavé, že by podozrivý dôvod, ako aj rámec porovnateľnosti boli naformulované na presne rovnakej úrovni abstrakcie a s presne rovnakou pôsobnosťou.

61. Z uvedeného vyplýva, že vyššie citovaná judikatúra jednoznačne potvrdzuje, že kde sa podozrivý dôvod dovoľáva takýmto spôsobom, rozblíka sa červená kontrolka. Záver o absencii porovnateľnosti je výnimočný. Pokiaľ neexistuje jasný a presvedčivý argument v prospech záveru, že predmetné skupiny sú natoľko zásadne odlišné, a to spôsobom, ktorý odstraňuje potrebu diskusie o nevyhnutnosti alebo proporcionality opatrenia, rozdiely v zaobchádzaní sa musia riešiť na úrovni „odôvodnení“, nie „(ne)porovnateľnosti“.

62. Toto prekrývanie sa medzi otázkou porovnateľnosti a otázkou odôvodnenia, ktoré robí súčasný rámec pre analýzu diskriminácie interne tranzitívny, je tiež zjavné v prejednávanej veci. Analýza diskriminácie je formálne rozdelená do rôznych štádií: zisťovanie existencie porovnateľných situácií; rozdiel v zaobchádzaní s týmito skupinami; a ak sa zistí existencia diskriminácie (rozdiel v zaobchádzaní s porovnateľnými situáciami), zisťovanie odôvodnení. Všetky tieto štádiá však zahŕňajú podobné otázky o rozsahu a relevantnosti rozdielov medzi situáciami a zaobchádzaniami. Ak sa rozdiely medzi situáciami považujú za dostatočne významné (dbajúc na povahu a rozsah rozdielov medzi zaobchádzaniami v praxi), nebude existovať žiadna porovnateľnosť. Ak sa na druhej strane rozdiely medzi situáciami nebudú považovať za dostatočne významné (záver, ktorý je ľahšie vyvodiť, ak sa rozdiely medzi zaobchádzaniami na prvý pohľad zdajú byť tak trochu „pritiahnuté za vlasy“), existuje porovnateľnosť a rozdielne zaobchádzanie a analýza prechádza k odôvodneniam. V rámci posudzovania odôvodnení otázka v podstate znie, či rozdiely medzi zaobchádzaniami primerane a spravodlivo odrážajú faktické rozdiely v týchto situáciách napriek tomu, že z právneho hľadiska sa nachádzajú v porovnateľných situáciách.

63. S prihliadnutím na vyššie uvedené sa teraz budem zaoberať príslušným porovnávacím ukazovateľom v tejto veci.

#### **4. Príslušný porovnávací ukazovateľ v prejednávanej veci**

64. Podľa ustálenej judikatúry „požiadavka týkajúca sa porovnateľnej povahy situácií na účely určenia existencie porušenia zásady rovnosti zaobchádzania sa musí posúdiť z hľadiska všetkých prvkov, ktoré ju charakterizujú“<sup>28</sup>. Posúdenie tejto porovnateľnosti sa okrem toho musí uskutočniť so zreteľom na cieľ sledovaný predmetnými vnútroštátnymi právnymi predpismi.<sup>29</sup>

65. V prejednávanej veci rakúska vláda vyhlásila, že Veľký piatok je najdôležitejším náboženským dňom pre príslušníkov uvedených štyroch cirkví. *Cieľom* predmetnej vnútroštátnej právnej úpravy je umožniť týmto osobám zúčastniť sa v uvedený deň náboženských obradov a tým rešpektovať ich náboženskú slobodu.

66. Judikatúra tiež vyžaduje, aby sa analýza porovnateľnosti vykonala nie globálnym a abstraktným spôsobom, ale konkrétnym spôsobom „so zreteľom na dotknutú dávku“<sup>30</sup>.

28 Rozsudok z 1. októbra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 31).

29 Rozsudok z 1. októbra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 33).

30 Rozsudky z 1. apríla 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, bod 42); z 10. mája 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, bod 42); z 12. decembra 2013 Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, bod 33), a z 1. októbra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 32).

67. Ako som už uviedol<sup>31</sup>, dotknutou dávkou v tejto veci nie je sviatok na Veľký piatok, ale mzdové zvýhodnenie. Vzhľadom na túto dávku sa domnievam, že správnym porovnávacím ukazovateľom je širší porovnávací ukazovateľ.

68. V dôsledku dávky vo forme mzdového zvýhodnenia je vybranej skupine fyzických osôb, ktoré na Veľký piatok pracujú, vyplatený dvojnásobok výslovne z dôvodu náboženstva, ktoré vyznávajú. Ostatní ľudia pracujúci v daný deň dostávajú obvyklú mzdu napriek skutočnosti, že vykonávajú presne tú istú prácu. S ohľadom na túto dávku neexistuje medzi týmito skupinami relevantný rozlišovací faktor. Úrovne odmeňovania a viery nie sú v zásade prepojené.

69. Na tento záver podľa môjho názoru nemá vplyv uvedený cieľ vnútroštátnej právnej úpravy, ktorým je ochrana slobody náboženského vyznania a vykonávania bohoslužby. Jednoducho nerozumiem, ako má vyplácanie konkrétnej, nábožensky definovanej skupine zamestnancov dvojnásobku v daný deň akúkoľvek súvislosť s týmto cieľom. Bolo by možné tvrdiť, pravdepodobne nie bez štipky cynizmu, že právo na dvojnásobnú odmenu pre členov uvedených štyroch cirkví, ktorí na Veľký piatok pracujú, predstavuje ekonomický stimul pre *nevykonávanie* bohoslužby v daný deň.

70. Odpoveďou by mohlo byť, že príslušníci uvedených štyroch cirkví, ktorí na Veľký piatok pracujú, sú v skutočnosti v inej situácii, pretože prácou v tento deň sú mimoriadne postihnutí. V tejto súvislosti chápem, že existujú určité špecifické sektory, v ktorých zamestnávateľia môžu aj od príslušníkov uvedených štyroch cirkví požadovať, aby na Veľký piatok pracovali. Ako som však uviedol vyššie, podľa judikatúry Súdneho dvora je v tejto veci relevantnou otázkou to, či sú tieto situácie porovnateľné s ohľadom na *cieľ* vnútroštátneho práva (ktorým je podľa môjho názoru ochrana slobody náboženského vyznania a nie odmeňovanie za údajné porušenie tejto ochrany) *a špecifické dávky*. Okrem toho pripomínam, že § 9 ods. 5 ARG stanovuje mzdové zvýhodnenie pre osoby, ktoré počas sviatkov pracujú *bez ohľadu na to, či sa sviatok priznáva z náboženských dôvodov*.

71. Z vyššie uvedených dôvodov sa domnievam, že vzhľadom na dávku vo forme mzdového zvýhodnenia a vzhľadom na cieľ príslušných ustanovení vnútroštátneho práva sú porovnateľní všetci zamestnanci pracujúci na Veľký piatok, ktorí sú vo vzťahu k odmeňovaniu za tento deň rozlišovaní na základe náboženstva.

72. Rád by som ešte doplnil niekoľko ďalších poznámok k otázke porovnateľnosti.

73. V prvom rade chcem jednoznačne povedať, že samozrejme nespochybňujem osobitnú dôležitosť Veľkého piatku pre príslušníkov uvedených štyroch cirkví. V tomto špecifickom prvku je ich možné jednoznačne odlíšiť od fyzických osôb, pre ktoré Veľký piatok nemá takýto význam. Podľa môjho názoru však táto charakteristika má odlišný význam pre rôzne druhy opatrení: poskytnutie voľna v tento deň; poskytnutie voľna, ale jeho odpočítanie ako ročnej dovolenky; poskytnutie plateného voľna, a mimoriadna odmena za prácu v tento deň. V prejednáwanej veci je predmetnou dávkou dávka vo forme mzdového zvýhodnenia. Vzhľadom na túto dávku by príslušníci uvedených štyroch cirkví pracujúcich na Veľký piatok nemuseli byť v *identickej* situácii ako ostatní zamestnanci, ale význam ich náboženstva určite nie je taký, aby preň boli ich situácie neporovnateľné.<sup>32</sup>

31 Body 40 až 43 vyššie.

32 Rozsudok z 19. júla 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, bod 25).

74. V druhom rade posúdenie porovnateľnosti v práve Únie má ako východiskový bod ciele a kategórie ustanovené vo vnútroštátnom práve. Tieto ciele a kategórie však samy osebe nemôžu byť rozhodujúce a určujúce. Ako som už argumentoval v inej veci,<sup>33</sup> ak by to bolo inak a otázka porovnateľnosti by bola z intelektuálneho hľadiska vopred určená kategóriami stanovenými vo vnútroštátnej právnej úprave, potom by vnútroštátna právna úprava svojím rozsahom pôsobnosti sama stanovila okruh možných porovnaní. Také posúdenie by bolo nevyhnutne tautologické a v skutočnosti by neumožňovalo preskúmanie.

75. V prejednávanej veci je váha analýzy porovnateľnosti cieľov a kategórií stanovených vo vnútroštátnej právnej úprave podľa môjho názoru značne zredukovaná najmä nesúhlasom medzi uvedeným cieľom chrániť právo na bohoslužbu na Veľký piatok a zvýšenou hospodárskou odmenou za prácu v daný deň.

76. V treťom rade vnútroštátna právna úprava v tejto veci je pravdepodobne špecificky prispôbená. Stanovuje ciele a vymedzuje kategórie, ktoré vyčleňujú pre konkrétne zaobchádzanie osoby patriace do špecifických (a v rámci celého rakúskeho obyvateľstva zjavne pomerne malých)<sup>34</sup> kresťanských skupín. To samo osebe je dôvodom na opatrnosť. Ak by sa však malo predpokladať, že tieto veľmi osobitné charakteristiky sú skutočne tak relevantné a významné, že vďaka nim sú situácie príslušníkov uvedených štyroch cirkví neporovnateľné, znamenalo by to, že príslušníci iných náboženských skupín majú pravdepodobne tiež relevantné charakteristiky, ktoré ich odlišujú od všetkých ostatných skupín.

77. Diskriminácia nespočíva len v tom, že s rovnakými situáciami sa zaobchádza odlišne, ale aj v tom, že s objektívne odlišnými situáciami sa zaobchádza rovnako. Ak sa vychádza z toho, že príslušníci uvedených štyroch cirkví majú relevantné rozlišovacie charakteristiky, v zásade sa musí individuálne posúdiť každé náboženstvo s cieľom určiť, ako by sa s príslušníkmi tohto náboženstva malo zaobchádzať rozdielne, pokiaľ ide o dodatočné (platené) sviatky a mzdové zvýhodnenia.<sup>35</sup> Napriek tomu to jednoducho nie je prístup, ktorý si zvolil rakúsky štát. V písomných a ústnych podaniach rakúskej vlády bolo potvrdené, že existuje kolektívna zmluva, ktorá príslušníkom židovskej viery priznáva sviatok na Jom kipur, čo sa však očividne vzťahuje iba na niektoré sektory národného hospodárstva. V každom prípade to je jediné iné náboženstvo, ktoré bolo vybraté na takéto zaobchádzanie.<sup>36</sup>

78. Dôvod uvedený ako posledný predstavuje v konečnom dôsledku tiež ďalší argument, pre ktorý nie je možné použiť „úzký porovnávací ukazovateľ“ navrhovaný rakúskou vládou a odporcom. Ak by sa aj akceptovala skutočnosť, že iba príslušníci uvedených štyroch cirkví pociťujú objektívnu potrebu vykonávať bohoslužbu na Veľký piatok, vďaka čomu je nemožné ich porovnať s ostatnými náboženskými skupinami (pretože žiadna z nich by pravdepodobne nepociťovala rovnakú potrebu vykonávať bohoslužbu v tento konkrétny deň) a bez ohľadu na skutočnosť, že mzdové zvýhodnenie skôr odrádza ako povzbudzuje k dodržiavaniu tohto sviatku, jednoznačne vyvstáva otázka *selektívnosti* opatrenia, čím sa problém diskriminácie posúva o jednu úroveň vyššie. A čo iné náboženské skupiny alebo spoločenstvá, ktoré majú tiež významné náboženské sviatky, ktoré nie sú uvedené v zozname existujúcich sviatkov uvedenom v § 7 ods. 1 ARG?

33 Pozri moje návrhy vo veci MB (C-451/16, EU:C:2017:937, bod 47).

34 V písomných a ústnych podaniach rakúskej vlády bolo vysvetlené, že príslušníci uvedených štyroch cirkví boli v minulosti v Rakúsku menšinou, ktorá na rozdiel od katolíckej väčšiny nemala vo svoj najdôležitejší náboženský deň štátom priznaný sviatok. V čase, keď bol § 7 ods. 3 vložený do zákona, pravdepodobne existoval stav, že príslušníci uvedených štyroch cirkví tvorili väčšinu nekatolíckej populácie. Ako však bolo potvrdené v návrhu na začatie prejudiciálneho konania, netvorila v Rakúsku celé nekatolícke obyvateľstvo, ktoré vyznáva aj iné náboženstvá.

35 Ako príklad zaobchádzania so situáciami rovnakým spôsobom, ktoré možno napriek tomu rozlišovať z náboženských dôvodov, pozri rozsudok Európskeho súdu pre ľudské práva (veľká komora) zo 6. apríla 2000, Thlimmenos v. Grécko (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

36 Pozri napríklad rozsudok z 1. októbra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, bod 38). V tejto veci Súdny dvor posudzoval porovnateľnosť „mladých ľudí“ navštevujúcich univerzitu alebo školu a iných pracovníkov. Súdny dvor rozhodol, že tieto skupiny nie sú porovnateľné. Pritom zohľadnil ciele vnútroštátnych právnych predpisov, ale jasne sledoval súvislosť argumentácie a zaobchádzanie s inými skupinami.

79. Ak dotiahnem túto logiku (ne)porovnateľnosti do jej úplných dôsledkov, žiadna z týchto skupín by nebola porovnateľná so žiadnou z ostatných skupín, pretože pociťujú objektívnu potrebu sláviť odlišné náboženské sviatky. Znamenalo by to tiež to, že vnútroštátny zákonodarca môže upravovať sviatky (pravdepodobne aj rôzneho trvania?) iba pre určité osoby, zatiaľ čo ich odoprie iným osobám, pričom ich potenciálne spojí s rôznymi úrovňami odmeny?

80. Z týchto dôvodov som dospel k záveru, že spoločné uplatnenie ustanovení, akými sú § 7 ods. 3 a § 9 ods. 5 ARG vedie k tomu, že s navrhovateľom sa zaobchádza nepriaznivejšie ako s príslušníkmi uvedených štyroch cirkví, ktorí v prípade, že pracujú na Veľký piatok, dostávajú za svoju prácu dvojnásobnú odmenu. Základný rozdiel v zaobchádzaní je priamo spojený s náboženstvom.<sup>37</sup>

81. Podľa môjho názoru je irelevantné, že znenie § 9 ods. 5 ARG je v skutočnosti zjavne neutrálne, keďže z návrhu na začatie prejudiciálneho konania jednoznačne vyplýva, že právo na mzdové zvýhodnenie podľa tohto ustanovenia vzniká na základe jeho § 7 ods. 3 § 7 ods. 3 ARG neutrálny nie je – výslovne rozlišuje na základe náboženstva. Výsledný rozdiel v zaobchádzaní predstavuje diskrimináciu v zmysle článku 21 ods. 1 Charty a priamu diskrimináciu v zmysle článku 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78.

### **5. Dávka vo forme plateného sviatku**

82. Vyššie uvedená analýza sa zameriava na problematiku diskriminácie s ohľadom na dávku vo forme mzdového zvýhodnenia. V predchádzajúcej časti týchto návrhov som sa snažil vysvetliť, prečo by mala byť na účely porovnateľnosti zohľadnená táto dávka, ktorá je v konečnom dôsledku predmetom vnútroštátneho konania. Pre úplnosť sa stručne vyjadrím k dávke vo forme plateného sviatku a tomu, ako by potenciálne zameranie na túto dávku mohlo zmeniť rámec porovnateľnosti.

83. Už som poznamenal, že význam Veľkého piatku pre príslušníkov uvedených štyroch cirkví má v kontexte analýzy porovnateľnosti inú váhu, ak sa uplatňuje na rôzne dávky.<sup>38</sup> Priznanie (neplatenia) voľna v daný deň je jednoznačne konzistentnejšie s uvedeným cieľom ochrany slobody náboženského vyznania ako mzdové zvýhodnenie. Požiadavka na odmeňovanie zamestnancov, ktorí sú vo Veľký piatok pre vykonávanie bohoslužby neprítomní, sa tak trochu vzdáľuje od presného cieľa vyjadreného rakúskou vládou, ale pravdepodobne zostáva oveľa užšie spojená s týmto pôvodným cieľom ako mzdové zvýhodnenie.<sup>39</sup>

84. Tieto úvahy ma vedú k záveru, že ak by predmetná dávka mala byť iba dávkou vo forme plateného sviatku, existujú pevné odôvodnenia na použitie stredného porovnávacieho ukazovateľa, ktorý v podstate presadzuje Komisia.

85. Skutočnosťou však stále zostáva, že to, čo navrhovateľ požaduje vo vnútroštátnom konaní, nie je Veľký piatok ako platený sviatok. Nežiada ani o to, aby bol akýkoľvek iný osobitný deň uznaný za deň, ktorý by spadal do rovnakého režimu, čím by sa vyhovel jeho špecifickému a odlišnému náboženskému presvedčeniu. Žiada o mzdové zvýhodnenie za prácu na Veľký piatok, čím by sa odstránila diskriminácia v odmeňovaní na náboženstve založená.

37 Pozri v tejto súvislosti návrhy, ktoré predniesla generálna advokátka Kokott vo veci G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, bod 43).

38 Body 40 až 43 a 73 vyššie.

39 Konkrétne pre tých zamestnancov, pre ktorých je čerpanie dodatočného dňa neplateného voľna finančne náročné.

86. Takže aj napriek tomu, že si naďalej plne uvedomujem celkový účel opatrenia, ako aj skutočnosť, že platený sviatok a mzdové zvýhodnenie sú v podstate dve strany tej istej mince, stredný porovnávací ukazovateľ navrhovaný Komisiou<sup>40</sup> nemôže byť určujúci na účely prejednávanej veci. Okrem toho sa domnievam, a to z rovnakých dôvodov, aké sú uvedené vyššie v súvislosti so mzdovým zvýhodnením,<sup>41</sup> že použitie úzkeho porovnávacieho ukazovateľa presadzovaného rakúskou vládou a odporcom je v každom prípade tiež vylúčené, pokiaľ ide o dávku vo forme plateného sviatku.

## 6. Návrh týkajúci sa prvej prejudiciálnej otázky

87. Na základe vyššie uvedených tvrdení navrhujem Súdnemu dvoru, aby na prvú prejudiciálnu otázku vnútroštátneho súdu odpovedal nasledovne:

Článok 21 ods. 1 Charty v spojení s článkom 1 a článkom 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78 sa má vykladať v tom zmysle, že bráni vnútroštátnej právnej úprave, podľa ktorej je Veľký piatok sviatkom s neprerušenou dobou odpočinku aspoň 24 hodín iba pre príslušníkov evanjelickej cirkvi augsburského a helvétskeho vyznania, starokatolíckej cirkvi a evanjelickej cirkvi metodistickej, a ak zamestnanec, ktorý je príslušníkom jednej z týchto cirkví, pracuje napriek tomu, že tento deň je sviatkom, má okrem nároku na úhradu za prácu, ktorá nemusí byť vykonaná z titulu, že tento deň je dňom sviatku, nárok na zaplatenie za skutočne vykonanú prácu, zatiaľ čo ostatní zamestnanci, ktorí nie sú príslušníkmi týchto cirkví, takýto nárok nemajú.

## D. O druhej prejudiciálnej otázke

88. Svojou druhou prejudiciálnou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či v prípade, ak sa opatrenia v prospech príslušníkov uvedených štyroch cirkví považujú za diskriminačné, môžu byť odôvodnené podľa článku 2 ods. 5 smernice 2000/78.

89. Podľa môjho názoru nemôžu.

90. Na úvod treba pripomenúť, že v rozsahu, v akom som na základe prvej prejudiciálnej otázky dospel k záveru, že predmetným opatreniam bráni článok 21 ods. 1 Charty v spojení s článkom 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78, akékoľvek odôvodnenie článku 21 ods. 1 Charty sa musí posúdiť podľa jej článku 52 ods. 1 a odôvodnenie článku 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78 sa musí posúdiť podľa jej článku 2 ods. 5. Odhliadnuc od formálnej požiadavky, že ustanovenie smernice nemôže stanoviť výnimku z ustanovenia Charty, skutočnosťou zostáva, že obe tieto ustanovenia sú formulované trochu inak.

91. Na účely prejednávanej veci je však vecná analýza podľa obidvoch ustanovení podobná. Odôvodnením, na ktoré sa obe ustanovenia odvolávajú, je „ochrana práv a slobôd iných“. Navyše obe ustanovenia ako výnimky zo zákazu diskriminácie sa majú vykladať reštriktívne<sup>42</sup> a podliehajú testu proporcionality.<sup>43</sup>

40 Ak sa teda ani nezačnem zaoberať otázkami výkladu stredného porovnávacieho ukazovateľa, ktoré by bolo potrebné riešiť a ktoré rozhodne nie sú jednoduché: ktorý deň spĺňa podmienky pre označenie za „špeciálny“ deň? Existuje právna hranica duchovného alebo náboženského významu? Ktoré náboženstvá by mali spĺňať podmienky, a je tento argument skutočne možné preniesť do iných systémov viery, ktoré majú viacero dní veľkého významu? A čo napríklad ateisti, ktorí majú tiež pre nich dôležité dni? Mal by byť katolíkom odopretý ďalší deň, pretože z historických dôvodov je už veľký počet ich osobitných dní zahrnutých do ostatných 13 sviatkov? Okrem toho sa na ústnom pojednávaní diskutovalo o citlivosti požiadavky na odhalenie informácií o (náboženskom) presvedčení človeka zamestnávateľovi – čo je logický dôsledok uplatňovania stredného porovnávacieho ukazovateľa.

41 Body 76 až 79 vyššie.

42 Pozri rozsudky z 13. septembra 2011, Prigge a i. (C-447/09, EU:C:2011:573, body 55 a 56), a z 12. decembra 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, bod 46).

43 Pozri znenie článku 21 ods. 1 Charty a odôvodnenie 23 smernice. Pozri tiež rozsudok z 5. júla 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, bod 44).



92. Existujú najmä tri dôvody, ktoré ma vedú k záveru, že poskytnutie dávky vo forme mzdového zvýhodnenia *nemôže* byť odôvodnené podľa článku 52 ods. 1 Charty ani podľa článku 2 ods. 5 smernice.

93. Po prvé nie je bezprostredne zrejmé, že „ochrana práv a slobôd iných“ pokrýva poskytnutie mzdového zvýhodnenia v prípade obmedzení týchto slobôd. Nezdá sa mi, že by to predstavovalo ochranu, ale skôr náhradu za porušenie povinnosti zabezpečiť ochranu.

94. Napriek tomu, pokiaľ by v zásade mohla byť pokrytá, ustanovenia konkrétne uvádzajú „ochranu práv a slobôd *iných*“. V tomto ohľade bol článok 2 ods. 5 zjavne vložený do smernice na poslednú chvíľu na naliehanie Spojeného kráľovstva<sup>44</sup>, a dôkazy naznačujú, že cieľom tohto ustanovenia bolo chrániť *širokú verejnosť* pred hanebným správaním určitých skupín.<sup>45</sup>

95. Moje porozumenie takéhoto ustanovenia je podobné: umožňuje výnimku v mene práv a slobôd *iných*, ktoré sa chápu horizontálne a priečne, t. j. práva a slobody celej zostávajúcej časti spoločnosti ako takej. Vychádzalo by to z logickej štruktúry výnimky: bremeno alebo znevýhodnenie uložené konkrétnej skupine môže táto skupina legitímne znášať, ak je to nevyhnutné a primerané celkovým záujmom širokej verejnosti. V tomto štádiu môže dôjsť k určitému vyváženiu záujmov medzi špecifickým (znevýhodnením) a všeobecným (záujmom).

96. Prijatie logiky, že „iní“ v „ochrane práv a slobôd *iných*“ sú v skutočnosti členovia skupiny, ktorej predmetné právne predpisy priznávajú určité výhody, by túto logiku postavilo na hlavu. Celý argument by sa stal tautologickým a akýkoľvek konkrétny režim by bol odôvodnený samotnou skutočnosťou svojej existencie.

97. Po druhé *selektívna* povaha § 7 ods. 3 a § 9 ods. 5 ARG je v každom prípade problematická z hľadiska proporcionality, najmä jej prvého rozmeru, ktorým je vhodnosť. Napriek tomu, že uvedeným cieľom opatrení je ochrana náboženskej slobody, vzťahujú sa iba na určité skupiny. Nijako sa nevyjadrujú k iným menšinám. Pripomínam, že v rámci posudzovania proporcionality diskriminačného vnútroštátneho opatrenia Súdny dvor dbá na koherentnosť opatrenia s prihliadnutím na uvedený cieľ. Preto rozhodol, že „takýto právny predpis je pre dosiahnutie dovolávaného cieľa vhodný len v tom prípade, ak sa skutočne uplatňuje v súlade s podmienkou, aby sa takýto cieľ dosiahol *koherentným a systematickým spôsobom*, a že výnimky z ustanovení právneho predpisu môže v určitých prípadoch podkopať jeho koherentnosť“<sup>46</sup>. Hoci je pravda, že príslušné ustanovenia vnútroštátneho práva v tejto veci neobsahujú výnimky, ktoré by vylučovali určité skupiny, praktický účinok veľmi úzkeho vymedzenia pôsobnosti práva je rovnaký. Vylučuje všetkých, okrem príslušníkov uvedených štyroch cirkví.

98. Tento problém selektívnosti nie je odstránený priznaním voľna z náboženských dôvodov na základe iných pravidiel. V tomto ohľade je pravda, že v Rakúsku existuje napríklad kolektívna zmluva, ktorá priznáva príslušníkom židovskej viery sviatok na Jom kipur, ako aj povinnosť starostlivosti, ktorú majú zamestnávateľia vo vzťahu k svojim zamestnancom.<sup>47</sup>

99. Pokiaľ však ide o kolektívnu zmluvu, rakúska vláda vo svojich písomných odpovediach na otázky Súdneho dvora potvrdila, že sa nevzťahuje na všetky odvetvia a opäť sa vzťahuje iba na príslušníkov konkrétnej náboženskej skupiny. Pokiaľ ide o povinnosť starostlivosti, podľa môjho názoru právo zamestnanca proaktívne požadovať určité pracovné voľno na účely náboženskej bohoslužby jednoducho nemožno porovnávať s právom na platený sviatok zakotvený vo vnútroštátnych právnych

44 Pozri napríklad ELLIS, E., WATSON, P.: *EU Anti-Discrimination Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: EU Law Library, 2012, s. 403.

45 Návrhy, ktoré predniesla generálna advokátka Sharpston vo veci Bougnaoui a ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553, poznámka pod čiarou 99).

46 Rozsudok z 5. júla 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, bod 48).

47 Uvedené v § 8 ARG.

predpisoch alebo kolektívnej zmluve. Vo všeobecnejšom zmysle, aj keď pre členov iných náboženstiev je možné na požiadanie a so súhlasom zamestnávateľa získať voľno na účely bohoslužby, neexistuje všeobecné automatické právo na finančné mzdové zvýhodnenie v prípade, ak sa toto voľno skutočne nevyčerpá.

100. Po tretie neexistuje zjavná súvislosť medzi ochranou slobody náboženského vyznania a právom na mzdové zvýhodnenie v prípade odpracovania Veľkého piatku. Z tých istých dôvodov sa domnievam, že priznanie mzdového zvýhodnenia pre príslušníkov uvedených štyroch cirkví, ktorí pracujú na Veľký piatok, napriek jeho selektívnemu uplatneniu, je neprimerané v tom zmysle, že je *nevhodné* na dosiahnutie cieľov ochrany náboženskej slobody podľa článku 52 ods. 1 Charty a článku 2 ods. 5 smernice 2000/78. Opäť mám problémy pochopiť, ako je vyplácanie dvojnásobnej mzdy za to, že osoba *nevykonáva bohoslužbu* na Veľký piatok, vhodné na dosiahnutie cieľa ochrany (aj keď sa priznáva iba selektívne) slobody náboženského vyznania a bohoslužby.

101. Napokon poznamenávam, že hoci sa vyššie uvedené úvahy sústreďujú na mzdové zvýhodnenie, úvaha v bodoch 97 a 98 týkajúcich sa selektívnosti opatrenia vo vzťahu k dávke vo forme *plateného sviatku* tiež platí a vylučuje odôvodnenie diskriminačnej povahy tejto dávky.

102. Vzhľadom na vyššie uvedené navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na druhú prejudiciálnu otázku vnútroštátneho súdu takto:

Za okolností prejednávanej veci nepredstavuje vnútroštátna právna úprava, ktorá priznáva mzdové zvýhodnenie takého typu, aký je uvedený v prvej prejudiciálnej otázke, iba príslušníkom určitých cirkví, ktorí pracujú na Veľký piatok, opatrenie, ktoré je v demokratickej spoločnosti nevyhnutné na zabezpečenie ochrany práv a slobôd iných v zmysle smernice 2000/78.

## E. O tretej prejudiciálnej otázke

103. Svojou treťou prejudiciálnou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či opatrenia v prospech príslušníkov uvedených štyroch cirkví spadajú pod pojem „pozitívne konanie“ podľa článku 7 ods. 1 smernice 2000/78 v spojení s článkom 21 ods. 1 Charty.

104. Podľa môjho názoru nespadajú.

105. Na úvod poznamenávam, že presný vzťah medzi článkom 21 ods. 1 Charty a článkom 7 ods. 1 smernice 2000/78 nie je bezprostredne zrejmý. Najmä diskusia o tom, či pozitívne konanie predstavuje (dočasnú) výnimku zo zásady rovnosti alebo či je v skutočnosti neoddeliteľnou súčasťou skutočne vecnej vízie rovnosti, rozhodne nie je vyriešená. Na účely týchto návrhov však nepovažujem za potrebné skúmať žiadne takéto zásadné otázky.

106. V kontexte prejednávanej veci rakúska vláda tvrdila, že opatrenia je možné vykladať tak, že spadajú pod pojem „pozitívne konanie“ v tom zmysle, že boli prijaté ako kompenzácia za nepriaznivejšie zaobchádzanie v minulosti. Podľa písomných vyjadrení rakúskej vlády príslušníci uvedených štyroch cirkví nemali na rozdiel od katolíckej väčšiny právo na deň voľna na oslavu svojho najdôležitejšieho náboženského sviatku roka a mnoho rokov touto situáciou trpeli predtým, ako v 50. rokoch 20. storočia oň požiadali a ich žiadosti bolo vyhovené.

107. Je pravda, že „pozitívne konanie“ nemá v právnych predpisoch ani v judikatúre jasné vymedzenie. Neexistuje preto žiadne *prima facie* vecné ani časové obmedzenie toho, čo by mohlo spadať pod tento pojem. Na tejto úrovni by skutočne bolo možné tvrdiť, že zámer „kompenzovať za nevýhody spojené s niektorým z dôvodov uvedených v článku 1“ môže zahŕňať aj túžbu kompenzovať (až stáročia) náboženského prenasledovania v minulosti.

108. V tejto súvislosti sa priznávam, že z obyčajného chronologického hľadiska sa javí ako pomerne sporné, či opatrenie prijaté v 50. rokoch 20. storočia bolo skutočne koncipované ako „pozitívne konanie“ v zmysle oveľa súčasnejšieho pojmu, ktorý sa po prvýkrát objavil, rozhodne v práve Únie, až o desaťročia neskôr. Takáto schopnosť predvídať hraničí so zázrakom.

109. Ak aj opomeniem chýbajúce vymedzenie špecifickosti a chronológiu, existujú dva presvedčivé dôvody, prečo sa domnievam, že mzdové zvýhodnenie nemôže v žiadnom prípade predstavovať „pozitívne konanie“.

110. Po prvé sa toto opatrenie zameriava na veľmi špecifickú skupinu, čím znovu otvára už prediskutovanú otázku svojej *selektívnosti* a diskriminácie druhej úrovne.<sup>48</sup> Tieto opatrenia neboli prijaté na zabezpečenie úplnej rovnosti všetkých skupín, ktoré boli v minulosti vo všeobecnosti znevýhodnené, alebo konkrétnejšie nemajú na rozdiel od katolíckej väčšiny deň pracovného pokoja pre významný sviatok.

111. Po druhé akékoľvek opatrenie, ktoré údajne patrí do pôsobnosti pozitívneho konania, musí byť v každom prípade v súlade so zásadou proporcionality. To bolo nedávno vo všeobecnosti potvrdené vo vzťahu k opatreniam obmedzujúcim náboženskú slobodu posudzovaným s ohľadom na Chartu a smernicu 2000/78.<sup>49</sup> Aj keď judikatúra Súdneho dvora týkajúca sa uplatňovania pojmu pozitívne konanie v kontexte sekundárneho práva neposkytuje analýzu z hľadiska proporcionality, je jasné, že Súdny dvor skúma opatrenia s cieľom zistiť, či sú potrebné na neutralizáciu vnímaného znevýhodnenia.<sup>50</sup> Z tých istých dôvodov, aké sú uvedené v súvislosti s druhou prejudiciálnou otázkou,<sup>51</sup> sa domnievam, že príslušné opatrenia vnútroštátnych právnych predpisov nemožno v žiadnom prípade považovať za primerané a že ako také nemôžu spadať pod pojem pozitívne konanie v zmysle článku 7 ods. 1 smernice 2000/78.

112. Napokon poznamenávam, že hoci sa vyššie uvedené úvahy opäť sústreďujú na mzdové zvýhodnenie, úvaha uvedená v bodoch 97, 98 a 101 v súvislosti so selektívnosťou opatrenia vo vzťahu k dávke vo forme *plateného sviatku* tiež platí a bráni tomu, aby sa táto dávka považovala za „pozitívne konanie“.

113. Na základe vyššie uvedených tvrdení navrhujem Súdnemu dvoru, aby na tretiu prejudiciálnu otázku vnútroštátneho súdu odpovedal takto:

Vnútroštátna právna úprava, ktorá priznáva mzdové zvýhodnenie takého typu, aký je uvedený v prvej prejudiciálnej otázke, nepredstavuje pozitívne konanie v zmysle článku 7 ods. 1 smernice 2000/78.

## F. O štvrtej prejudiciálnej otázke

114. Svojou štvrtou prejudiciálnou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, ako by malo byť porušenie zákazu diskriminácie odstránené, a to najmä vtedy, ak k nemu dochádza v rámci vzťahu medzi súkromnými osobami. Predtým, ako sa budem zaoberať otázkou, či je riešením odopretie sviatku a mzdového zvýhodnenia pre každého alebo jeho rozšírenie pre každého, predbežná otázka, ktorá čiastočne predchádza tejto odpovedi, znie: čo sa má použiť v takomto horizontálnom vzťahu a s akými dôsledkami?

115. Viaceré zásady, ktoré sú už obsiahnuté v judikatúre Súdneho dvora, poskytujú určité usmernenie.

48 Podobne ako v bodoch 76 až 79 a bodoch 97 až 98 vyššie.

49 Rozsudok zo 17. apríla 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 68).

50 Pozri v tomto zmysle napríklad rozsudok z 11. novembra 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, bod 31).

51 Pozri bod 100 vyššie.

116. V prvom rade sa smernice ako takej nie je možné dovolávať voči fyzickej osobe (napríklad zamestnávateľovi v súkromnom sektore).<sup>52</sup> V takýchto prípadoch má opravný prostriedok, ktorý má obeť k dispozícii, v zásade formu žaloby o náhradu škody voči štátu.<sup>53</sup>

117. V druhom rade sa zákaz diskriminácie z dôvodu náboženstva uvedeného v článku 21 ods. 1 Charty možno dovolávať minimálne v niektorých prípadoch „v spojení so“ smernicou 2000/78 voči fyzickej osobe, takže vnútroštátny súd je povinný neuplatniť akékoľvek právne predpisy, ktoré by sa považovali za nezlučiteľné s týmto zákazom. V tomto zmysle kombinácia článku 21 ods. 1 Charty a smernice vytvára *právo netrpieť diskrimináciu*, ktorého je možné sa dovolávať priamo pred vnútroštátnymi súdmi, dokonca aj v horizontálnom kontexte. Je však dôležité mať jasno v tom, že ide o dôsledky *prednosti* práva Únie, nie jeho priameho účinku (oddiel 1 nižšie).

118. V treťom rade nemá podľa môjho názoru článok 21 ods. 1 Charty „horizontálne priame účinky“ v tom zmysle, že by sám osebe spôsobil vznik vymedzeného záväzku zo strany súkromného zamestnávateľa, ktorý by mali vnútroštátne súdy priamo vykonávať voči tomuto zamestnávateľovi, kde (ako v prejednávanej veci) má diskriminácia pôvod vo vnútroštátnom práve (oddiel 2). Obeť však musí mať možnosť podať žalobu o náhradu škody proti štátu na odstránenie takejto diskriminácie (oddiel 3).

## 1. Prednosť

### a) Kombinovanie smerníc s ustanoveniami Charty

119. Súdny dvor kompenzuje odmietnutie priznania horizontálneho priameho účinku vyššie uvedeným smerniciam rôznymi spôsobmi. Často tak robí prostredníctvom povinnosti konformného výkladu.<sup>54</sup> Podľa ustálenej judikatúry však táto povinnosť nevyžaduje, aby vnútroštátny súd vykladal vnútroštátne právo *contra legem*. V prejednávanej veci vnútroštátny súd jednoznačne naznačil, že konformný výklad vnútroštátneho práva nie je možný.

120. Vzhľadom na tieto obmedzenia konformného výkladu Súdny dvor „skombinoval“ svoje čítanie všeobecných zásad práva<sup>55</sup> alebo Charty<sup>56</sup> so smernicou 2000/78 a dospel k záveru, že fyzická osoba sa v spore s inou súkromnou osobou môže na zrušenie konfliktnéj vnútroštátnej právnej úpravy dovolávať toho, čo je v praxi vecným obsahom smernice.

121. V rozsudkoch vo veciach Mangold, Küçükdeveci a DI<sup>57</sup> Súdny dvor rozhodol, že príslušné vnútroštátne právne predpisy sú nezlučiteľné s konkrétnymi relevantnými ustanoveniami *smernice*. Ďalej potvrdil, že právo Únie „vylučuje“ takéto ustanovenia vnútroštátneho práva (a vnútroštátny súd je teda povinný ich „neuplatniť“, „nepoužiť“ alebo „odmietnuť ich uplatniť“), pokiaľ sú v rozpore so *všeobecnou zásadou*. Vnútroštátne súdy teda boli povinné vykladať vnútroštátne právo „tak, aby sa mohlo uplatňovať spôsobom, ktorý je v súlade so smernicou, prípadne ak takýto výklad nie je možný, v prípade potreby neuplatniť akékoľvek ustanovenie vnútroštátneho práva, ktoré je v rozpore so všeobecnou zásadou zakazujúcou diskrimináciu z dôvodu veku“<sup>58</sup>. Príslušný obsah smernice bol teda účinne začlenený do všeobecnej zásady predtým, ako bola táto „podrobne rozvedená“ zásada uplatnená v súkromnom spore o určenie nezlučiteľnosti vnútroštátneho práva.

52 Rozsudky zo 14. júla 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, bod 20); z 5. októbra 2004, Pfeiffer a i. (C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584, bod 108), a z 19. januára 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, bod 46).

53 Rozsudok z 19. novembra 1991, Francovich a i. (C-6/90 a C-9/90, EU:C:1991:428), v kontexte článku 21 ods. 1 Charty v spojení so smernicou 2000/78 pozri rozsudok z 15. januára 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, bod 50).

54 Rozsudky z 5. októbra 2004, Pfeiffer a i. (C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584), a zo 17. apríla 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

55 Rozsudky z 22. novembra 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), a z 19. januára 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

56 Rozsudok zo 17. apríla 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

57 Rozsudky z 22. novembra 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, body 77 a 78); z 19. januára 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, body 43 a 51), a z 19. apríla 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, body 27 a 35).

58 Rozsudok z 19. apríla 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, bod 43).

122. V rozsudku vo veci Egenberger Súdny dvor rozhodol, že zákaz diskriminácie z dôvodu náboženstva alebo viery stanovený v článku 21 ods. 1 Charty „stačí sám osebe na to, aby bolo jednotlivcom priznané samostatne uplatniteľné právo v spore, na ktorý sa vzťahuje právo Únie“<sup>59</sup>. Pri uplatňovaní tohto zákazu vnútroštátnemu súdu „prináleží zohľadniť rovnováhu stanovenú medzi týmito záujmami normotvorcom Únie v smernici 2000/78, s cieľom určiť povinnosti vyplývajúce z Charty“<sup>60</sup>. Inými slovami povedané, bolo rozhodnuté, že obsah príslušných ustanovení smernice je v skutočnosti implicitne uvedený v článku 21 Charty. Vnútroštátny súd je povinný zabezpečiť plnú účinnosť tohto ustanovenia tým, že „v prípade potreby upustí od uplatnenia akéhokoľvek odporujúceho vnútroštátneho ustanovenia“<sup>61</sup>. Rovnaké odôvodnenie sa uplatnilo *mutatis mutandis* na článok 47 Charty.

123. Vo veci AMS<sup>62</sup> Súdny dvor napriek tomu uznal obmedzenia takéhoto druhu začlenenia obsahu smerníc do všeobecných zásad a ustanovení Charty na účely uplatňovania v horizontálnych situáciách. Táto vec sa týkala smernice 2002/14/ES, ktorá vyžaduje zastúpenie zamestnancov v spoločnostiach s viac ako 50 zamestnancami.<sup>63</sup> Článok 3 ods. 1 stanovuje hranicu „50 zamestnancov“ a v rozsahu relevantnom pre prejednávajúcu vec sa vec v podstate týkala vymedzenia pojmu „zamestnanec“ na uvedené účely. Súdny dvor rozhodol, že príslušný vnútroštátny právny predpis je nezlučiteľný s článkom 3 ods. 1 smernice, pretože vylučuje niektoré druhy zamestnancov z výpočtu počtu zamestnancov.

124. Súdny dvor však následne rozhodol, že „okolnosti veci samej sa líšia od okolností, ktoré viedli k už citovanému rozsudku Küçükdeveci, pretože zásada zákazu diskriminácie na základe veku, o ktorú išlo v poslednej uvedenej veci a ktorá je zakotvená v článku 21 ods. 1 Charty, *stačí sama osebe na to, aby bolo jednotlivcom priznané subjektívne samostatne uplatniteľné právo*“<sup>64</sup>. Naproti tomu článok 27 Charty „... nestačí sám osebe na to, aby bolo fyzickým osobám priznané subjektívne samostatne uplatniteľné právo“<sup>65</sup>. Súdny dvor teda v podstate usúdil, že pravidlo uvedené v článku 3 ods. 1 smernice 2002/14 je príliš podrobné na to, aby sa mohlo považovať za inherentne uvedené v príslušnom ustanovení Charty.

### **b) Právne účinky podľa existujúcej judikatúry**

125. Je zrejmé, že v nadväznosti na rozsudok Egenberger sa možno článku 21 ods. 1 Charty „dovoľávať“ v spojení so smernicou 2000/78 v kontexte sporu medzi fyzickými osobami tak ako nástroja konformného výkladu, ako aj (čo je dôležitejšie) základu na spochybnenie platnosti práva Únie a zlučiteľnosti vnútroštátneho práva (v rámci pôsobnosti práva EÚ). Môžu sa ho teda dovoľávať fyzické osoby proti iným jednotlivcom, aby „vylúčili“ alebo aby vnútroštátny súd konfliktné ustanovenie vnútroštátneho právneho predpisu „nepoužil“, „neuplatnil“ alebo „odmietol uplatniť“.

126. Rozsudok Egenberger tak potvrdzuje prednosť primárneho práva Únie vo forme článku 21 ods. 1 Charty v špecifickom kontexte horizontálneho sporu, kde nástrojom sekundárneho práva je smernica a konformný výklad nie je možný.

59 Rozsudok zo 17. apríla 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 76).

60 Rozsudok zo 17. apríla 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 81).

61 Rozsudok zo 17. apríla 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, bod 79).

62 Rozsudok z 1. januára 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2).

63 Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 11. marca 2002, ktorá ustanovuje všeobecný rámec pre informovanie a porady so zamestnancami v Európskom spoločenstve (Ú. v. ES L 80, 2002, s. 29; Mim. vyd. 05/004, s. 219).

64 Rozsudok z 15. januára 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, bod 47). Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

65 Rozsudok z 15. januára 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, bod 49).

127. Rozsudok Egenberger však neuvádza podrobnosti o ďalších dôsledkoch odvolávania sa na uvedené ustanovenia v takých prípadoch. V tomto rozsudku (ani v žiadnom z ďalších rozsudkov citovaných v predchádzajúcej časti) konkrétne nie je nič, čo by potvrdzovalo, že článok 21 ods. 1 Charty má „horizontálny priamy účinok“ v tom zmysle, že by bol zo svojej podstaty sám osebe schopný predstavovať samostatný zdroj práv, ktorý by v prípade súkromného práva vytváral inej fyzickej osobe súvisiace povinnosti. Tento rozsudok ani žiadna iná citovaná judikatúra tiež nevedie k záveru, že možnosť opierať sa o článok 21 ods. 1 a rozhodnutie o nezlučiteľnosti nevyhnutne vedie k akémukoľvek konkrétnemu opravnému prostriedku.

128. Namiesto toho táto judikatúra opakuje všeobecný vzorec, podľa ktorého sú vnútroštátne súdy povinné poskytnúť „súdnu ochranu vyplývajúcu pre osoby z ustanovení práva Únie a zabezpečiť uplatnenie týchto ustanovení v celom rozsahu“ (neuplatňovaním nezlučiteľného vnútroštátneho právneho predpisu)<sup>66</sup>, alebo uvádza, že vnútroštátny súd je povinný „zabezpečiť dodržiavanie zásady zákazu diskriminácie“<sup>67</sup> alebo že jednotlivcovi nemožno odoprieť prospech výkladu, ktorý bráni napadnutej vnútroštátnej právnej úprave.<sup>68</sup>

129. Ak to zhrniem, je jednoznačne preukázané, že abstraktné skúmanie zlučiteľnosti s ohľadom na článok 21 ods. 1 Charty v spojení so smernicou 2000/78 tak, ako bolo vykonané v odpovedi na prvú prejudiciálnu otázku predloženú vnútroštátnym súdom, môže viesť k nepoužitiu nezlučiteľného vnútroštátneho právneho predpisu. To je dôsledok prednosti práva Únie, ktorý môže nastať aj v kontexte sporu medzi súkromnými osobami.

130. Z dôvodov uvedených v ďalšej časti môj návrh Súdnemu dvoru znie, že by bolo rozumné zotrvať na tomto prístupe. Ak by mi bola výslovne položená otázka na *konkrétne praktické dôsledky pre strany*, pokiaľ sa skutočne nepoužil vnútroštátny právny predpis, môj ďalší návrh by znel, že namiesto zvažovania horizontálneho priameho účinku ustanovení Charty (2) by bolo lepšie sa zamerať na otázku opravných prostriedkov (3).

## **2. „Horizontálny priamy účinok“**

131. Vyhlásenie, že článok 21 ods. 1 Charty má horizontálny priamy účinok by znamenalo, že fyzické osoby by mohli *priamo na základe tohto ustanovenia* preukazovať existenciu práva *a súvisiacej povinnosti* inej súkromnej (neštátnej) strany bez ohľadu na existenciu a/alebo odkaz na obsah sekundárneho práva. V tomto zmysle je pravidlo s priamym účinkom samo osebe dostatočne jasné, presné a bezpodmienečné na to, aby bolo v horizontálnom vzťahu súdne vymáhateľné.

132. V kontexte prejednávanej veci mám problém uznať, že ustanovenie článku 21 ods. 1 Charty spĺňa tieto požiadavky [bod a)] a v tejto súvislosti aj požiadavky niekoľkých ustanovení Charty vo všeobecnosti [bod b)]. To však (opäť) nevylučuje, aby boli ustanovenia Charty v skutočnosti uplatniteľné a vo veciach, akou je prejednávaná vec, aj veľmi relevantné, aj keď iným spôsobom [bod c)].

### **a) Horizontálny priamy účinok článku 21 ods. 1 Charty**

133. Na určitej úrovni by určite bolo možné navrhnúť, že pravidlo zakazujúce diskrimináciu na základe náboženstva je na uvedenej úrovni abstrakcie dostatočne jasné, presné a bezpodmienečné. Bezpodmienečne a jednoznačne by nemalo dochádzať k žiadnej diskriminácii z dôvodu náboženstva.

<sup>66</sup> Rozsudok z 19. apríla 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, bod 29 alebo 35).

<sup>67</sup> Rozsudky z 19. januára 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, bod 56), a z 19. apríla 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, body 35 až 37).

<sup>68</sup> Rozsudok z 19. apríla 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, bod 41).

134. Pri posudzovaní na takejto úrovni abstrakcie by však v podstate mohlo mať priame účinky akékoľvek ustanovenie práva Únie. Preto má tradičný test priameho účinku inú povahu: je obsah konkrétneho pravidla dostatočne jasný a presný na to, aby bolo v kontexte danej veci súdne vymáhateľné?

135. Samotná prejednávacia vec predstavuje dobrý príklad zložitosti tejto otázky a toho, prečo neexistuje žiadne „jasné, presné a bezpodmienečné“ pravidlo, ktoré by poskytovalo odpoveď. Bolo by ním právo na (a povinnosť poskytnúť) platené voľno vyplývajúce z článku 21 ods. 1 Charty? Bol by ním sviatok na Veľký piatok alebo iný konkrétny deň? Alebo môže byť jediným nárokom nárok na peniaze, vo forme práva na dodatočnú výplatu alebo odškodnenie, náhradu alebo náhradu škody (s príslušnou povinnosťou zamestnávateľa ich poskytnúť)?

136. Podľa môjho názoru nemožno stručne formulovaný článok 21 ods. 1 Charty vykladať tak, že by obsahoval odpovede na tieto otázky. Napriek tomu im vnútroštátny súd, ktorý „neuplatňuje“ porušujúce ustanovenie vnútroštátneho práva, bude nevyhnutne čeliť tak, ako je to v tejto veci.

137. Bez váhania uznávam, že „jasné, presné a bezpodmienečné“ neznamená, že každý aspekt práva by mal byť v legislatíve vopred výslovne stanovený. Takýto scenár jednoducho nie je realistický. To, čo zostalo nerozhodnuté, však musí byť prinajmenšom súdne vymáhateľné.<sup>69</sup> Podľa môjho názoru samotná povaha predmetného práva (sviatok na Veľký piatok, jeden nedefinovaný deň plateného sviatku, mzdové zvýhodnenie v prípade neuplatnenia nároku na tento sviatok) nie je niečo, čo by v tomto zmysle bolo súdne vymáhateľné.

138. Na zásadnejšej úrovni si nemyslím, že tu ide o „horizontálny priamy účinok“ Charty (v spojení so smernicou). Opäť musím povedať, že na určitej úrovni abstrakcie môže v článku 21 ods. 1 Charty existovať „jasná, presná a bezpodmienečná“ požiadavka na zamedzenie diskriminácie, ale žiadna „jasná, presná a bezpodmienečná“ praktická požiadavka z nej nevyplýva. Podľa môjho názoru by sa k štvrtej prejudiciálnej otázke vnútroštátneho súdu nemalo pristupovať z hľadiska horizontálneho priameho účinku. Horizontálny priamy účinok v zmysle opísanom vyššie – ktorý spôsobuje vznik *osobitných* práv (na peniaze, dávky, atď.) a zodpovedajúce povinnosti – zjavne absentuje.

#### ***b) Horizontálny priamy účinok Charty na všeobecnejšej úrovni***

139. Ak sa pozrieme na konkrétny kontext prejednávanej veci a uplatnenie tradičného testu „priameho účinku“ na článok 21 ods. 1 Charty, existujú ďalšie principiálne argumenty v prospech toho, prečo by bol horizontálny priamy účinok ustanovení Charty problematický.

140. Po prvé podľa článku 51 ods. 1, podobne ako smernice podľa článku 288 ZFEÚ, Charta jednoducho nie je adresovaná fyzickým osobám, ale skôr členským štátom a inštitúciám a orgánom Únie. Bolo by možné povedať, že tento (textový) argument nie je veľmi presvedčivý, pretože v skutočnosti už Charta má významné *horizontálne účinky*, ktoré boli podrobne uvedené vyššie.<sup>70</sup> Existuje však značný kvalitatívny rozdiel na jednej strane medzi uvedením, že listinu základných práv a slobôd by bolo možné použiť na preskúmanie zlučiteľnosti a potenciálneho zrušenia konfliktných právnych predpisov a tiež že by mohla byť zdrojom konformného výkladu siahajúceho až na horizontálne situácie, a na druhej strane vyhlásením ustanovení tejto listiny základných práv a slobôd za *zdroj priamych záväzkov* súkromných osôb, bez ohľadu na absenciu alebo pri absencii zákonných

69 Čím sa tiež umožní, aby pravidlá formulované na pomerne vysokej úrovni abstrakcie [ako napríklad pravidlo, že náklady na preskúmanie, ktorými sa spochybňuje zákonnosť určitých rozhodnutí vydaných v rámci pôsobnosti smernice o posudzovaní vplyvov na životné prostredie (smernica Rady 85/337/EHS z 27. júna 1985 o posudzovaní vplyvov určitých verejných a súkromných projektov na životné prostredie, Ú. v. ES L 175, 1985, s. 40; Mim. vyd. 15/001, s. 248), nesmú byť neúmerne vysoké], ale jasne vymedzené, čo sa týka ich pôsobnosti a oblasti uplatnenia, ako aj praktických výsledkov, ktoré sa majú dosiahnuť štruktúrou nástroja sekundárneho práva, ktorého sú súčasťou, boli priamo účinné – pozri moje nedávne návrhy vo veci Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, body 33 až 55).

70 Body 125 až 129 v predchádzajúcej časti týchto návrhov.

ustanovení (alebo súčasne). Preto aj podľa mojich vedomostí v mnohých právnych systémoch vnútroštátna listina základných práv a slobôd plní práve tieto dve funkcie, možno spolu so zakotvením pozitívnych povinností, ktoré musí štát na seba prevziať. No aj vtedy, ak takýmto spôsobom zasahujú do súkromnoprávných vzťahov, základné práva ešte stále (celkom múdro) nemajú horizontálnu priamu uplatniteľnosť.

141. Po druhé dôvodom takéhoto obmedzenia určite nie je absencia vôle účinne chrániť základné práva. Je to skôr potreba predvídateľnosti, právnej istoty a na ústavnej úrovni rozdelenia moci. Listiny základných práv a slobôd sú spravidla pomerne abstraktné, a teda neurčité, rovnako ako je Charta. Vo všeobecnosti si vyžadujú ďalšie právne predpisy, aby získali súdne vymáhateľný obsah. Naplnenie samotných týchto ustanovení horizontálnym priamym účinkom pre práva a povinnosti súkromných fyzických osôb otvára dvere extrémnym formám súdnej tvorivosti.<sup>71</sup>

142. Po tretie, keďže obsah práv a povinností vyplývajúcich z Charty je nejasný, mohlo by byť lákavé hľadať odpovede v príslušných sekundárnych právnych predpisoch. Pri posudzovaní zlučiteľnosti vnútroštátnych právnych predpisov s ustanoveniami Charty (zásada prednosti) sa Súdny dvor skutočne odvoláva na uplatňovanie ustanovení Charty a všeobecných zásad „so zreteľom na“ alebo „v spojení so“ sekundárnymi právnymi predpismi.<sup>72</sup> Zdá sa, že sa rozširuje súbor judikatúry tohto Súdneho dvora, ktorá účinne začleňuje (často pomerne sofistikovaný) obsah smerníc do ustanovení Charty predtým, ako tieto ustanovenia Charty uplatní horizontálne.<sup>73</sup>

143. Nie je pochyb o tom, že niekedy je nahliadanie do sekundárnych právnych predpisov skutočne rozhodujúce pri zisťovaní toho, ako by mohol znieť v danom čase (prijateľný) obsah práva alebo všeobecnej zásady.<sup>74</sup> Existuje však rozdiel medzi kritickým porovnávacím preskúmaním (viacerých) zdrojov sekundárneho práva s cieľom dospieť k záveru o všeobecnom trende a v skutočnosti nekritickým a priamym „prepísaním“ obsahu smernice do ustanovenia Charty.

144. S týmto prístupom sú spojené početné ústavné, ako aj praktické problémy.<sup>75</sup> Má byť priamy účinok ustanovení Charty skutočne podmienený tým, či a ktorá sekundárna legislatíva bola v danej oblasti prijatá? Rozhodne tak o (ne)existencii priameho účinku Charty nepriamo normotvorca Únie? Mala by byť Charta takým spôsobom „očistená od ústavných zásad“? Namiesto toho, aby poskytovala základ na preskúmanie sekundárneho práva, mala by ním byť určovaná a dominovaná? Ak nie, resp. určite ak nie *vždy*, potom kedy áno a kedy nie?

71 Aj preto si v roku 1929 Hans Kelsen, ktorý sa často označuje za „otca“ modernej ústavnej spravodlivosti, ktorý by však bol pravdepodobne dosť prekvapený, ak by videl jej súčasný rozsah, želaný vylúčiť priamu uplatniteľnosť „überpositiver Normen“, do ktorých zaradil aj základné práva, pričom upozorňoval na to, že ústavný súd by tým získal účinný mocenský monopol v rámci štátnych štruktúr – KELSEN, H.: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Heft 5. Berlin und Leipzig, de Gruyter & Co., 1929, s. 69 a 70.

72 Rozsudok zo 17. apríla 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), rozoberaný v tomto kontexte v bode 122 vyššie. Pozri tiež rozsudok z 19. januára 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), vzťahujúci sa na zásadu zákazu diskriminácie na základe veku „ako je konkretizovaná“ smernicou 2000/78.

73 Nedávno to urobil napríklad môj učený kolega generálny advokát Bot, ktorý navrhol Súdnemu dvoru, aby do článku 31 ods. 2 Charty začlenil relevantný obsah smernice 2003/88/ES Európskeho parlamentu a Rady zo 4. novembra 2003 o niektorých aspektoch organizácie pracovného času (Ú. v. EÚ L 299, 2003, s. 9; Mím. vyd. 05/004, s. 381). Tento záver bol odôvodnený odkazmi na vysvetlivky k Charte, podľa ktorých článok 31 ods. 2 „vychádza zo smernice 93/104/ES“ (kodifikovanej smernicou 2003/88) – pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Bot v spojených veciach Bauer a Broßonn (C-569/16 a C-570/16, EU:C:2018:337, bod 86).

74 Príklad takej starostlivej a vyváženej analýzy je uvedený v rozsudku z 15. októbra 2009, Audiolux a i. (C-101/08, EU:C:2009:626).

75 Podrobná analýza tejto témy je uvedená v návrhoch, ktoré predniesla generálna advokátka Trstenjak vo veci Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).



145. V konečnom dôsledku ide o problém predvídateľnosti a právnej istoty spojený nepochybne s odlišným nádychom obchádzania vlastných predtým stanovených obmedzení, ktorý ma privádza k poslednému argumentu: ak by toto mal byť budúci prístup Súdneho dvora, možno by bolo vhodné znovu preskúmať otázku horizontálneho priameho účinku smerníc. Vytrvalosť formálneho odmietania horizontálneho priameho účinku smerníc pri súčasnej maximálnej snahe o zabezpečenie toho, aby toto obmedzenie nemalo v skutočnosti žiadne praktické dôsledky, akou je napríklad začlenenie obsahu smernice do ustanovenia Charty, sa javí čoraz viac problematické.

### c) *Žiaden horizontálny priamy účinok, stále však (významné) účinky*

146. Absencia *horizontálneho* priameho účinku článku 21 ods. 1 (a vlastne aj iných ustanovení) Charty neznamená, že nemajú žiadne horizontálne účinky. Práve naopak. Majú však odlišnú povahu. Pokiaľ ide o vnútroštátne právo, Charta slúži: i) ako interpretačný nástroj pre konformný výklad vnútroštátneho práva; ii) ako základ pre zlučiteľnosť práva Únie a vnútroštátnych právnych predpisov, s možným dôsledkom, že ak sú vnútroštátne právne predpisy (uplatňované v kontexte, v ktorom členský štát koná v rozsahu pôsobnosti práva Únie) nezlučiteľné s Chartou, musí ich vnútroštátny súd nepoužiť, a to aj v prípade sporov medzi súkromnými fyzickými osobami. Dôsledok nepoužitia nezlučiteľného predpisu je však výsledkom prednosti práva Únie, nie horizontálneho priameho účinku ustanovení Charty. Pre súkromné osoby nemôžu byť nové samostatné povinnosti vytvorené *vylučne* na základe Charty.

147. Je pravda, že neuplatnenie nezlučiteľného vnútroštátneho právneho predpisu nemôže samo osebe stranám poskytnúť bezprostrednú ochranu. Jednoznačne to platí v prejednávanej veci. Neuplatnenie znamená vyškrtnutie porušujúcich ustanovení vnútroštátneho práva. Pokiaľ sa na pojem „neuplatňovanie“ nepoužije výnimočný, až komplikovaný a nebezpečný prístup (zahŕňajúci napríklad selektívne vyškrtávanie konkrétnych slov v porušujúcom ustanovení)<sup>76</sup>, neuplatňovanie alebo nepoužitie porušujúceho ustanovenia by v prejednávanej veci znamenalo nepoužitie celého § 7 ods. 3 ARG. To by znamenalo, že od okamihu tohto súdneho vyhlásenia nezlučiteľnosti by na Veľký piatok nemal voľno nikto.

148. Alternatívny prístup by bolo domnievať sa, že existuje horizontálne priamo účinné právo nebyť diskriminovaný a že tomuto právu je vlastný nárok na rovnaké práva a dávky, aké má zvýhodnená skupina (zvýšenie úrovne), alebo zaobchádzať so svojimi ostatnými rovnako zle (zníženie úrovne). Tento prístup je v podstate implicitný vo štvrtej prejudiciálnej otázke vnútroštátneho súdu. Pokiaľ by sa však prijalo riešenie spočívajúce vo zvýšení úrovne – k tomuto bodu sa vrátim nižšie – stále by to nezodpovedalo žiadnu z vyššie uvedených otázok, pokiaľ ide o povahu a rozsah dotknutých práv.

149. Namiesto toho by sa podľa môjho názoru táto otázka mala chápať ako snaha o jasnosť, aké *opravné prostriedky* musia byť presne k dispozícii vo veciach, akou je prejednávaná vec, na rozdiel od ťažko postihnuteľného súboru konkrétnych práv (na voľno, mzdové zvýhodnenia, atď.). Takýto prístup už skutočne je v judikatúre vo veciach Mangold, Kükükdeveci, DI a Egenberger, ktoré všetky potvrdili neuplatňovanie porušujúceho vnútroštátneho právneho predpisu a existenciu práva na účinný opravný prostriedok (a nie na „horizontálny priamy účinok“ Charty). V prejednávanej veci však zameranie sa na praktické dôsledky neuplatnenia znamená, že Súdny dvor sa musí jasne vyjadriť k tomuto rozdielu. Presne touto otázkou sa teraz budem zaoberať.

<sup>76</sup> § 7 ods. 3 ARG v súčasnosti znie: „Pre príslušníkov evanjelickej cirkvi augsburského a helvétskeho vyznania, starokatolíckej cirkvi a evanjelickej cirkvi metodistickej je sviatkom aj Veľký piatok.“ Pretláčanie „neuplatňovania“ na úrovni jednotlivých slov tohto ustanovenia by potom mohlo znamenať napríklad vymazanie predmetu tejto vety, t. j. odkazu na príslušníkov uvedených štyroch cirkví (čo by znamenalo, že na Veľký piatok dostanú voľno alebo mzdové zvýhodnenie všetci) alebo vyčiarknutie odkazov na príslušníkov uvedených štyroch cirkví a Veľký piatok (čo by znamenalo, že by existoval sviatok neurčitého dátumu – v podstate návrh Komisie). Snáď by však predsa len mal zostať zachovaný rozdiel medzi nepoužitím porušujúceho vnútroštátneho právneho predpisu a súdnou hrou Scrabble, ktorá umožňuje vytvoriť akékoľvek pravidlo jednoduchým preskupením vybraných slov vyňatých z existujúceho právneho predpisu.

### 3. Opravné prostriedky

150. Článok 21 ods. 1 Charty nezakladá špecifický súbor zodpovedajúcich práv/povinností pre zamestnávateľa a zamestnanca. Vnútroštátnym súdom však prislúcha, aby zaručili najmä súdnu ochranu vyplývajúcu fyzickým osobám podliehajúcim súdnej právomoci z ustanovení práva Únie a aby zabezpečili ich plnú účinnosť.<sup>77</sup> V súlade so zásadou účinnej súdnej ochrany *musí byť k dispozícii opravný prostriedok za diskrimináciu*.<sup>78</sup>

151. Pri absencii právnej úpravy v danej oblasti na úrovni Únie majú byť vo vnútroštátnom právnom poriadku každého členského štátu určené príslušné súdy a upravené procesné náležitosti týkajúce sa žalôb určených na zabezpečenie ochrany práv, ktoré fyzickým osobám podliehajúcim súdnej právomoci vyplývajú z práva Únie. Členské štáty sú však povinné zabezpečiť, aby boli tieto práva účinne chránené v každom prípade<sup>79</sup>, a pritom dodržiavať zásadu ekvivalencie a zásadu účinnosti.<sup>80</sup>

152. Súdny dvor však môže poskytnúť usmernenie, čo znamená právo na účinný opravný prostriedok vo veci, akou je táto vec. Existujú dve otázky, v súvislosti s ktorými môže byť Súdny dvor nápomocný vnútroštátnemu súdu. Prvá znie, či opravný prostriedok spočíva vo zvýšení úrovne alebo v znížení úrovne [bod a)], a druhá, od koho by sa mal opravný prostriedok požadovať [bod b)].

153. Domnievam sa, že vo veciach, akou je táto vec: kde existuje spor medzi súkromnými osobami a kde zdroj diskriminácie spočíva vo vnútroštátnych právnych predpisoch a je preukázaná na základe článku 21 ods. 1 Charty (v abstraktnom preskúmaní ako v prípade prvej prejudiciálnej otázky v spojení so smernicou 2000/78), právo EÚ nevyžaduje, aby bol opravný prostriedok poskytnutý voči zamestnávateľovi. Právo Únie však vyžaduje, aby obeť mohla na odstránenie porušenia podať žalobu o náhradu škody proti štátu.

154. Predtým, ako sa budem podrobnejšie venovať týmto bodom, budem sa zaoberať otázkou „zvýšenia úrovne“ a „zníženia úrovne“.

#### a) Zvýšenie úrovne a zníženie úrovne

155. Štvrtá prejudiciálna otázka vnútroštátneho súdu predpokladá v tejto veci dve riešenia problému diskriminácie: zvýšenie úrovne alebo zníženie úrovne.

156. Chcel by som poznamenať, že prejudiciálnu otázku vnútroštátneho súdu chápem tak, že sa týka iba „prechodného obdobia“, teda doby po vyhlásení nezlučiteľnosti, ale predtým, ako vnútroštátny zákonodarca upraví nový režim. Po toto obdobie je otázka zvýšenia úrovne alebo zníženia úrovne skutočne otvorená.

157. Naopak, tá istá otázka v skutočnosti nevzniká za minulosť, konkrétne za predchádzajúce roky, počas ktorých sa mzdové zvýhodnenie poskytovalo iba vybranej skupine, ale nie ostatným, a tieto doby ešte podľa vnútroštátnej právnej úpravy neboli premlčané. Za tieto obdobia je jediný praktickým spôsob, ako odstrániť minulú diskrimináciu, skutočne iba obyčajné „zvýšenie úrovne“. Privilegovaná

77 Pozri rozsudok z 5. októbra 2004, Pfeiffer a i. (C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584, bod 111). Pozri aj rozsudok z 15. apríla 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, bod 42).

78 Rozsudok z 13. marca 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, bod 37 a citovaná judikatúra).

79 Pozri najmä rozsudky z 9. júla 1985, Bozzetti (179/84, EU:C:1985:306, bod 17); z 18. januára 1996, SEIM (C-446/93, EU:C:1996:10, bod 32), a zo 17. septembra 1997, Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, bod 40).

80 Pozri najmä rozsudky zo 16. decembra 1976, Rewe-Zentralfinanz and Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, bod 5); zo 16. decembra 1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, body 13 až 16); zo 14. decembra 1995 Peterbroeck (C-312/93, EU:C:1995:437, bod 12); z 13. marca 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, bod 43), a zo 7. júna 2007, van der Weerd a i. (C-222/05 až C-225/05, EU:C:2007:318, bod 28).

skupina nemôže byť retrospektívne zbavená svojich výhod z dôvodu legitímnych očakávaní, resp. práv, ktoré už boli nadobudnuté. Jediným skutočným spôsobom, ako odstrániť diskrimináciu za toto obdobie, je teda priznanie rovnakej dávky všetkým (ale s výhradou otázky, ktorej sa venujem v nasledujúcom oddiele týkajúcej sa toho, od koho sa môže požadovať plnenie a prečo).

158. Ak sa teda teraz zameriam iba na prechodné obdobie, vo vzťahu k tomuto obdobiu Komisia tiež navrhla, že vhodnou odpoveďou by bolo zvýšenie úrovne. Na podporu tohto tvrdenia navrhovateľ aj Komisia citovali judikatúru, vrátane rozsudkov Milkova, Specht a Landtová<sup>81</sup>.

159. Skutočne platí, že v týchto veciach Súdny dvor vo všeobecnosti uviedol, že „ak bola konštatovaná diskriminácia odporujúca právu Únie a *kým nie sú prijaté opatrenia na obnovu rovnosti zaobchádzania*, možno rešpektovanie zásady rovnosti zaručiť len tým, že členom znevýhodnenej skupiny sa poskytnú rovnaké výhody, aké požívajú členovia zvýhodnenej skupiny, čo je režim, ktorý je v prípade, že nedochádza k správne uplatňovaniu práva Únie, jediným platným referenčným systémom“<sup>82</sup>.

160. Dôsledkom toho je, že ak vnútroštátny súd čelí diskriminácii vyplývajúcej z právnych predpisov, nevyhnutným dôsledkom zrušenia sporného ustanovenia vnútroštátneho práva je skutočne „zvýšenie úrovne“, a to až do prijatia nediskriminačnej legislatívy (ktorá môže potenciálne úroveň znížiť).<sup>83</sup>

161. V tejto súvislosti uvádzam nasledujúce pripomienky.

162. Po prvé prednosť, vrátane prednosti Charty, si vyžaduje, aby sa vnútroštátne právo, ktoré je nezlučiteľné s právom Únie, nepoužilo. Znamená to, že porušujúce ustanovenie má predovšetkým zmiznúť z vnútroštátneho právneho poriadku v situáciách, v ktorých je v rozpore s právom Únie. Logicky platí, že predpis, ktorý zmizol, sa nemôže voči nikomu nijako uplatňovať. Napriek tomu nejakým zázrakom rovnaké ustanovenie, ktoré bolo odstránené, keď platilo len pre niektoré osoby, tak okamžite oživa, aby platilo pre všetkých. Tento paradox, ktorý je vlastný riešeniu spočívajúcemu vo zvýšení úrovne, si je nutné pripustiť predtým, ako je možné ho riešiť.

163. Po druhé, ako všeobecný návrh, riešenie spočívajúce vo zvýšení úrovne ako dočasný východiskový *opravný prostriedok* (na rozdiel od horizontálne priamo účinného práva) sa zdá byť lepšou možnosťou, najmä z hľadiska legitímnych očakávaní zvýhodnenej skupiny. Problém však opäť tkvie v podrobnostiach (alebo aspoň v praktickej aplikácii). Zložitejšie veci zahŕňajú nepeňažné dávky. V prejednávanej veci Komisia vo svojich písomných pripomienkach tvrdila, že § 7 ods. 3 ARG by mohol byť diskriminačný tým, že priznáva Veľký piatok ako deň voľna niektorým náboženským skupinám, ale nie iným. Riešením, ktoré navrhla Komisia, však nebolo urobiť z Veľkého piatku sviatok pre všetkých. Komisia skôr navrhla súdne prepísanie ustanovenia tak, aby rozširoval na všetkých zamestnancov dávku plateného voľna na oslavu „obzvlášť významnej“ náboženskej udalosti, ktorú určí každý jednotlivý zamestnanec. Slovné spojenie „zvýšenie úrovne“ dobre znie (minimálne v angličtine: „levelling up“), maskuje však potenciálne značnú zložitú, dokonca svojvoľnosť, pokiaľ ide o jeho praktickú aplikáciu, ktorá nie je nepodobná tomu, s čím sa stretávame v otázke horizontálneho priameho účinku.

164. Po tretie existuje niekoľko rozsudkov Súdneho dvora, v ktorých bol vyslovený variant princípu „zvýšenia úrovne“. Každý z týchto prípadov má rozlišovacie vlastnosti. Dve sú osobitne dôležité, a to *zdroj diskriminácie a totožnosť žalovaného*.

81 Rozsudky z 22. júna 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415); z 19. júna 2014, Specht a i. (C-501/12 až C-506/12, C-540/12 a C-541/12, EU:C:2014:2005), a z 9. marca 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

82 Rozsudky z 22. júna 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415, bod 51); z 19. júna 2014, Specht a i. (C-501/12 až C-506/12, C-540/12 a C-541/12, EU:C:2014:2005, bod 95), a z 9. marca 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, bod 67). Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

83 Pozri rozsudok z 9. februára 1999, Seymour-Smith a Perez (C-167/97, EU:C:1999:60).

165. V tejto súvislosti chcem poznamenať, že vo všetkých veciach citovaných stranami na podporu riešenia spočívajúceho vo zvýšení úrovne<sup>84</sup> bolo zdrojom diskriminácie vnútroštátne právo a *žalovaným bol štát* (spor o peniaze<sup>85</sup>). Podľa môjho názoru ide o najjednoduchšie možné usporiadanie (a v judikatúre Súdneho dvora sa skutočne vyskytuje najčastejšie).<sup>86</sup> Náklady na legislatívnu diskrimináciu musí v konečnom dôsledku znášať členský štát. Tento záver jednoznačne vyplýva z vecí Francovich a vecí, ktoré po nej nasledovali. Zodpovednosť štátu musí v zásade zabezpečovať záchranú sieť.

166. Existujú aj prípady, keď Súdny dvor poukázal na zásadu zvýšenia úrovne v kontexte súdnych sporov medzi súkromnými osobami. Bolo to však v obmedzenom počte vecí týkajúcich sa diskriminácie vo vzťahu k dôchodkom<sup>87</sup> alebo mzdám<sup>88</sup>, ktoré možno vo všeobecnosti pripísať *zamestnávateľovi* (a nemali pôvod v legislatíve). V kontexte súkromných sporov týkajúcich sa údajnej diskriminácie sa Súdny dvor namiesto toho, aby navrhoval zvýšenie úrovne ako všeobecné riešenie, zamerlal skôr na všeobecnú povinnosť zabezpečovať účinné opravné prostriedky a sankcie.<sup>89</sup>

167. Po štvrté pri absencii konkrétnych dodatočných dôvodov, akým je napríklad ľudská dôstojnosť alebo legitímne očakávania, ktoré by bránili zníženiu úrovne na prechodnú dobu v kontexte konkrétnej veci, nevidím zásadný argument, prečo by bolo zníženie úrovne systematicky a vo všetkých prípadoch diskriminácie *samo osebe* vylúčené. Platí to o to viac v prípadoch, keď dávka priznaná zvýhodnenej skupine nie je opakujúca, resp. v prípade opakujúcej sa dávky nevzniká žiaden vzťah závislosti (ako napríklad v prípade opakujúcich sa dávok sociálneho zabezpečenia).

168. Pokiaľ ide o prejednávajúcu vec, aký by bol konkrétny (dodatočný) dôvod, pre ktorý by bolo možné účinne odignorovať záver, že porušujúce ustanovenie musí byť „zrušené“, a nahradiť ho záverom, že jeho osobná pôsobnosť sa musí rozšíriť 50-násobne?<sup>90</sup>

169. Veľkorysosť vyhlásenia, že každý by sa mal mať lepšie, je možno osobne uspokojujúca, ale bez toho, aby sa brala do úvahy ekonomická udržateľnosť, sotva právne primeraná.<sup>91</sup> Chcel by som zdôrazniť, že diskrimináciu samozrejme nie je možné odôvodňovať ekonomickými argumentmi. Diskriminácia sama osebe však neposkytuje pozitívne odôvodnenie pre zvýšenie úrovne.

170. Ochrana náboženskej slobody príslušníkov uvedených štyroch cirkví je tiež nepresvedčivá. V tomto ohľade poznamenávam, že § 8 ARG ukladá zamestnávateľom povinnosť starostlivosti a v podstate od nich vyžaduje, aby sa primerane prispôsobili potrebe svojich zamestnancov vykonávať bohoslužbu. Ak to stačí pre iné menšinové náboženstvá v Rakúsku, čo sa týka ich špeciálnych

84 Pozri poznámku pod čiarou 81 vyššie.

85 Vynikajúci príklad zastupiteľnej dávky na rozdiel napríklad od práva na voľno alebo práva na zamestnanie.

86 V ďalších rozsudkoch, ktoré opakujú „variant Landtová, Specht, Milková“ zásady zvýšenia úrovne, tiež vystupuje ako žalovaný štát – pozri rozsudky z 12. decembra 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, bod 42); z 21. júna 2007, Jonkman a i. (C-231/06 až C-233/06, EU:C:2007:373, bod 39); z 28. januára 2015, Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38, bod 46), a zo 14. marca 2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, bod 30). Pozri tiež užšie formulované varianty napríklad odkaz na diskrimináciu vo vzťahu k odmeňovaniu, rozsudky zo 7. februára 1991, Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, bod 18), a zo 17. apríla 1997, Evrenopoulos (C-147/95, EU:C:1997:201, bod 42). Diskriminácia vyplývajúca z kolektívnych zmlúv je tiež bežná a v podstate asimilovaná s legislatívnou diskrimináciou; Súdny dvor používa otvorenejšie formulovanú variáciu zásady zvýšenia úrovne – pozri napríklad rozsudok z 20. marca 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, bod 72).

87 Pozri rozsudky z 28. septembra 1994, van den Akker (C-28/93, EU:C:1994:351); z 28. septembra 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348), a z 28. septembra 1994, Avdel Systems (C-408/92, EU:C:1994:349), ktoré sa tiež technicky týkali neštátneho dôchodkového programu, ktorý však bol „zmluvne zabezpečeným“ dôchodkovým programom v tom zmysle, že príspevky do neho nahrádzali príspevky do štátneho dôchodkového programu.

88 Rozsudok z 8. apríla 1976 Defrenne (43/75, EU:C:1976:56).

89 Rozsudky z 10. apríla 1984, Harz (79/83, EU:C:1984:155), a z 8. novembra 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383).

90 Poznamenávam, že Komisia vo svojich ústnych podaniach presadzovala rozšírenie voľna/mzdového zvýhodnenia za Veľký piatok, ktoré požívajú príslušníci uvedených štyroch cirkví (približne 2 % obyvateľov), na všetkých rakúskych pracujúcich, a to isté aj pre Jom kipur.

91 Na pojednávaní boli náklady na poskytnutie náhrady za prácu vo Veľký piatok aj všetkým ostatným zamestnancom odhadnuté na 600 miliónov eur ročne (o podobnú sumu by zrejme išlo v prípade sviatku Jom kipur).

náboženských slávností, prečo by to nestačilo pre členov uvedených štyroch cirkví? A naopak, nie je jasné, ako by „zvýšenie úrovne“, napríklad ak by sa všetkým rakúskym zamestnancom platil dvojnásobok alebo ak by sa im priznalo na Veľký piatok voľno, akokoľvek podporovalo slobodu náboženského vyznania.

171. Vzhľadom na vyššie uvedené sa domnievam, že v prejednávanej veci nie je možné odpovedať vnútroštátnemu súdu jednoducho tým, že by mu bolo potvrdené, že „zvýšenie úrovne“ je jediným správnym smerom. To je prístup, ktorý Súdny dvor vyvinul v kontexte žalôb proti štátu najmä vo vzťahu k dávkam sociálneho zabezpečenia a ktorý nie je vo všeobecnosti transponovateľný na horizontálne spory. Navyše za súčasných okolností by predstavoval príliš zjednodušujúcu odpoveď, ktorá by maskovala určité zložitosti, ktoré majú veľký praktický význam. Namiesto toho sa domnievam, že referenčným bodom v tejto veci by mala byť judikatúra Súdneho dvora týkajúca sa účinných opravných prostriedkov.

### **b) Účinné opravné prostriedky (a totožnosť žalovaného)**

172. Napriek tomu, že článok 21 ods. 1 Charty nemá horizontálny priamy účinok, problematické vnútroštátne ustanovenie sa nemôže použiť (prvá prejudiciálna otázka). Otázke zvýšenia úrovne alebo zníženia úrovne som sa venoval vyššie. V tejto záverečnej časti sa budem zaoberať otázkou, kto by mal poskytnúť opravný prostriedok. Existujú v podstate dve možnosti: i) zamestnávateľ (ktorý môže následne zažalovať štát) alebo ii) štát (ktorý by mal žalovať priamo zamestnanec). Podľa môjho názoru je správnou odpoveďou druhá odpoveď: štát.

#### *i) Opravné prostriedky voči zamestnávateľovi*

173. Vyžaduje si právo na účinný opravný prostriedok vo veciach, akou je táto vec, kde je žalobca obeťou diskriminačnej vnútroštátnej právnej úpravy uplatnenej zamestnávateľom, aby mal zamestnanec voči tomuto zamestnávateľovi opravný prostriedok?

174. Generálny advokát Cruz Villalón vo svojich návrhoch vo veci AMS výslovne preferoval túto možnosť. Domnieval sa, že je „opodstatnené, aby bremeno spojené so žalobou o náhradu škody znášal ten, kto mal z nezákonného konania prospech, a nie nositeľ práva vyplývajúceho z konkretizácie obsahu „zásady“<sup>92</sup>. Zamestnávateľ, ktorý je zodpovedný, by potom mohol zažalovať štát.

175. Pokiaľ sa nemýlim, Súdny dvor nikdy túto tému priamo neriešil. Rozsudok vo veci DI by sa však mohol tiež chápať tak, že takúto požiadavku ukladá.<sup>93</sup>

176. Takýto prístup by skutočne bolo možné odôvodniť efektívnosťou (ochrany zamestnanca). Pre zamestnanca môže byť lacnejšie a rýchlejšie (a menej odradzujúce) žalovať zamestnávateľa ako štát. Z morálneho hľadiska je zamestnanec poškodený diskriminačným právnym predpisom a zasluhuje si ochranu. Ako poznamenal učený generálny prokurátor Cruz Villalón, kompenzovať pravdepodobne bude nutné protiprávnu výhodu, ktorú získal zamestnávateľ v dôsledku diskriminácie. Celkovo je pravdepodobné, že v pozícii relatívnej moci bude zamestnávateľ.

177. Preto argumenty v prospech tvrdenia, že pre diskrimináciu v pracovných podmienkach musí vždy existovať opravný prostriedok priamo proti zamestnávateľovi, majú v podstate tendenciu sa pohybovať okolo troch prvkov: *zdroj*, *pochybenie* a *prospech*, prípadne spolu s argumentom o *sile* a (vlastnej) *nerovnosti*.

92 Návrhy vo veci Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, bod 79).

93 Rozsudok z 19. apríla 2016 (C-441/14, EU:C:2016:278, bod 42).

178. Na všeobecnej úrovni tieto tvrdenia určite platia pre určitý typ diskriminácie: takú, ktorú je možno prinajmenšom čiastočne pripísať určitému zamestnávateľovi. Vo veci, akou je prejednávaná vec, kde existuje spor medzi súkromnými stranami, ktoré namietajú diskrimináciu z dôvodu náboženského vyznania vyplývajúcu priamo z vnútroštátnych právnych predpisov, sa však stretávajú s viacerými logickými problémami.

179. V prvom rade sú *zdrojom* porušenia v prejednávanej veci vnútroštátne právne predpisy. Zamestnávateľ nemal možnosť skutočnej voľnej úvahy alebo nezávislého rozhodnutia. Jednoducho uplatňoval záväzné vnútroštátne právne predpisy. Takáto situácia je značne odlišná od situácií, v ktorých Súdny dvor požadoval, aby bol voči zamestnávateľovi poskytnutý opravný prostriedok; zdroj diskriminácie však spočíval aj vo vlastných rozhodnutiach zamestnávateľa.<sup>94</sup>

180. V druhom rade nadväzuje toto rozhodnutie na prvok *pochybenia*. Za aké pochybenie by mal zamestnávateľ platiť? Že uplatňoval platné vnútroštátne právo? Vo veciach, v ktorých Súdny dvor posudzoval údajnú diskrimináciu zo strany zamestnávateľov, ktorá porušovala právo Únie, Súdny dvor často uvádzal, že sankcia uložená za porušenie musí byť účinná, primeraná a *odradzajúca*.<sup>95</sup> Pokiaľ sa od zamestnávateľov neočakáva, že budú pôsobiť ako ústavní policajti s pozitívnou povinnosťou vyhľadávať a aktívne spochybňovať vnútroštátne právne predpisy, ktoré považujú za potenciálne v rozpore s ustanoveniami Charty, toto odôvodnenie cez odradzovanie alebo odstrašovanie sa vytráca. Alebo predstavuje pochybenie zamestnávateľa to, že nespochybnil zlučiteľnosť vnútroštátnych právnych predpisov s článkom 21 ods. 1 Charty a so smernicou 2000/78? Z praktického hľadiska by mal zamestnávateľ teda predvídať, čo sa objaví po vyvrcholení niekoľkých rokov konania s účasťou najvyššieho súdu členského štátu, veľkej komory Súdneho dvora a mnohých ďalších učených právnikov a sudcov, ktorí prispeli svojimi názormi v jednotlivých rôznych štádiách?

181. V treťom rade rovnako nechápem, aký *prospech* má zamestnávateľ z povinnosti platiť niektorým zo svojich zamestnancov dvojnásobok alebo dokonca z povinnosti priznať im platené voľno na Veľký piatok. Vidím iba bremená, ktoré boli naložené na plecia zamestnávateľa, ibaže by sa na základe veľmi diskutabilného výkladu považovalo neplatenie na ostatných 98 % zamestnancov ako neoprávnený „prospech“, ktorý zamestnávateľia zlomyselne získali.

182. Vo štvrtom rade existuje argument relatívnej *slabosti*. Tento argument, na rozdiel od troch ostatných, má aspoň nejaký základ. Mohol by sa dokonca považovať za argument, ktorý potláča všetky ostatné argumenty: pre prirodzenú nerovnosť v pracovnom pomere by to mal byť vždy zamestnávateľ, od ktorého sa požaduje, aby znášal náklady bez ohľadu na okolnosti.

183. Tento argument skrýva hlboko *ideologickú* voľbu o rozdeľovaní rizík a nákladov.<sup>96</sup> Navyše je pravdepodobne možné predpokladať, že nie všetci zamestnávateľia v Rakúsku alebo inde v Európskej únii sú povestnými nadnárodnými korporáciami bez tváre. Mnoho spoločností vedie jedna fyzická osoba alebo malý počet ľudí. Prečo by mali znášať náklady uplatňovania chybných vnútroštátnych právnych predpisov?

94 Napríklad v rozsudku z 8. novembra 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383), bola žiadosť žalobkyne o prijatie do zamestnania zamietnutá, pretože bola tri mesiace tehotná. Jej pozeňnaný stav bol napriek tomu podľa vnútroštátneho práva označený za „ochorenie“. Keďže potenciálny zamestnávateľ si bol plne vedomý jej „ochorenia“, ak by ju prijal do zamestnania, musel by bez pomoci štátu financovať jej materskú dovolenku, čo si zamestnávateľ neželal. Vo vnútroštátnych právnych predpisoch bola teda zakotvená (významná) finančná prekážka zamestnávania tehotných žien. Bolo však tiež zrejmé, že konečné rozhodnutie v konkrétnom prípade o tom, ako a či uplatniť túto diskriminačnú vnútroštátnu právnu úpravu, spočívalo na zamestnávateľovi.

95 Rozsudok z 10. apríla 1984, von Colson a Kamann (14/83, EU:C:1984:153). Ak Súdny dvor rozhodol, že právo Únie vyžaduje vo vnútroštátnom práve existenciu žaloby o náhradu škody voči súkromným osobám za porušenie práva Únie, trval na kompenzačných a *odstrašujúcich* cieľoch takéhoto opravného prostriedku. Pozri rozsudok z 20. septembra 2001, Courage a Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, bod 27).

96 Nemožno predpokladať, že ktorýkoľvek, všetci alebo dokonca väčšina zamestnávateľov bude úspešná zo žalobou o náhradu škody voči štátu. Je preto spravodlivé priznať, že výber osoby, ktorá bude žalovaným vo veci, akou je prejednávaná vec, znamená v skutočnosti rozhodnutie o osobe, ktorá bude znášať náklady.

184. Je však nepochybne isté, že takéto otázky sa stávajú irelevantné, ak by sa v podstate od zamestnávateľa vyžadovalo, aby znášal náklady vyplývajúce zo zákona iba preto, že je zamestnávateľom. To je axiomatická argumentácia, ktorú podľa mňa nestojí za to bezhlavo ďalej rozvíjať.

185. Vzhľadom na všetky vyššie uvedené dôvody sa nedomnievam, že by právo Únie vyžadovalo, aby existoval opravný prostriedok proti zamestnávateľovi vo veciach, akou je prejednávaná vec, kde zamestnávateľ konal v súlade s vnútroštátnym právom, avšak vnútroštátne právo sa považuje za v rozpore s článkom 21 ods. 1 Charty (v spojení so smernicou 2000/78). Aby bolo jasné, tento záver platí na spory medzi *súkromnými* osobami, nie na spory, kde žalovaným je štát (ktorý vystupuje ako zamestnávateľ). Právo Únie však *nebráni tomu, aby existoval* opravný prostriedok aj voči *súkromným* zamestnávateľom v prípade, ak by akýkoľvek takýto opravný prostriedok bol k dispozícii na základe vnútroštátneho práva.

#### ii) Žaloba o náhradu škody voči štátu

186. Existuje rozdiel uznaný aj v judikatúre Súdneho dvora medzi diskrimináciou, ktorá má svoj pôvodný zdroj u *zákonodarcu* (ako je to v prejednávanej veci), a diskrimináciou, ktorá pochádza od *zamestnávateľa*.<sup>97</sup> Inšpirovať sa možno presvedčivými argumentmi Komisie vo veci Dekker<sup>98</sup>: „Za týchto okolností je opodstatnené sa opýtať, či sa od zamestnávateľa môže legitímne očakávať, že buď úplne odignoruje diskriminačné vnútroštátne právne predpisy, alebo že ich napadne na súde pre nezlučiteľnosť so smernicou alebo s právom upravujúcim rovnosť zaobchádzania [vo veci Dekker] s mužmi a ženami. Výsledok takýchto konaní by bol však do veľkej miery neistý; v každom prípade by takéto požiadavka znamenala uloženie povinnosti, ktorú by mal niesť štát, zamestnávateľovi.“

187. Existujú aj ďalšie dôvody, pre ktoré by bolo neprimerané, aby právo Únie za takýchto okolností vyžadovalo opravný prostriedok proti súkromnému zamestnávateľovi a prečo by účinná súdna ochrana mala mať v praxi formu žaloby o náhradu škody voči štátu. Väčšina z nich je odrazom argumentov, ktoré už boli uvedené v predchádzajúcej časti.

188. Po prvé existuje jednoduchý morálny argument, ktorý už bol preskúmaný pod nadpismi „zdroj“ a „pochybenie“ v predchádzajúcej časti. Primárnym aktérom zodpovedným za diskrimináciu je štát. Pokiaľ sú ostatné faktory nezmenené, nie je jasné, prečo by mali náklady tohto pochybenia znášať v prvom rade zamestnávatelia.

189. Morálny argument je v súlade so štrukturálnym argumentom. Ak sa v dôsledku zásady prednosti a abstraktného preskúmania zlučiteľnosti porušujúce vnútroštátne ustanovenie neuplatní, tak pochybenie, ako aj výslednú legislatívnu diery je jasne možné priradiť členskému štátu.

190. Po druhé, ak vyhlásime jednotlivých zamestnávateľov za zodpovedných v prvej inštancii, nebude to pre nich mať odradzujúce účinky<sup>99</sup> a môže to dokonca znížiť odradzujúce účinky voči skutočne zodpovednej osobe: štátu. Legislatívna zmena si vyžaduje, aby bol na štát vyvinutý tlak.

191. Po tretie, ak sa zamestnanci budú môcť uspokojiť s tým, že budú žalovať svojich zamestnávateľov za to, že uplatňovali zákon, a zamestnávatelia budú následne žalovať štát, dôjde k zdvojeniu súdnych sporov. Ak bude teda poškodená osoba priamo žalovať vinnú osobu a nie prostredníka, ktorý nie je vinný, vyhli sme sa jednému kolu súdnych sporov.

<sup>97</sup> Body 50 až 52 vyššie.

<sup>98</sup> V znení zhrnutia v správe pre pojednávanie. Pozri WARD, A.: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 57.

<sup>99</sup> Pozri bod 180 vyššie.

192. Po štvrté Súdny dvor v rámci súkromného sporu, v ktorom konformný výklad smernice nie je možný, dôsledne odmietal možnosť, aby sa fyzická osoba dovoľavala smernice voči inej fyzickej osobe. Opravný prostriedok musí existovať, ale proti štátu, vo forme žaloby o náhradu škody.<sup>100</sup> Nie je jasné, prečo by to v zásade nemalo platiť vo veci, v ktorej sa súběžne dovoľáva ustanovení Charty. Týmto spôsobom by mala byť štruktúra opravných prostriedkov pre (horizontálne) súkromnoprávne vzťahy pri dovoľávaní sa zdrojov práva Únie, ktoré nemajú horizontálny priamy účinok, konzistentná.

193. Po piate a na záver existuje ďalší prvok celkovej konzistentnosti, ktorý hovorí v prospech prístupu založeného na opravných prostriedkoch, ktorý presadzujem v týchto návrhoch. Tento sa opäť viaže na rámec porovnania. Navrhol som, aby v prípade abstraktného skúmania kompatibility bola porovnávacím rámcom jedna zo skupín.<sup>101</sup> To je úplne v súlade so skutočnosťou, že zdrojom rozlišovania sú vnútroštátne právne predpisy a nie rozhodnutie zamestnávateľa. Z tohto dôvodu nebola totožnosť ostatných zamestnancov zamestnávateľa (Cresco Investigation) rozhodujúca, ani či sa v porovnaní s nimi s navrhovateľom zaobchádzalo inak.

194. Táto otázka by sa však stala pomerne dôležitou a došlo by k úplnému znovuo tvoreniu súvisiacej diskusie o porovnatelnosti, ak by bol navrhovateľ vyzvaný, aby zažaloval zamestnávateľa, tvrdiac, že zamestnávateľ ho diskriminoval.<sup>102</sup> Za predpokladu, že tento konkrétny zamestnávateľ nezamestnáva žiadnych príslušníkov uvedených štyroch cirkví,<sup>103</sup> logickou obhajobou by samozrejme bolo, že nikoho nediskriminoval, pretože so zamestnancami zaobchádzal úplne rovnako. Ako by potom mohol byť takýto zamestnávateľ zodpovedný za diskrimináciu, ktorú absolútne nebol schopný spáchať?

195. Posledné dva argumenty opäť zdôrazňujú potrebu logickej konzistentnosti v akomkoľvek prístupe, ktorý Súdny dvor nakoniec prijme, a to na dvoch úrovniach: po prvé v rámci prejednávanej veci (druh preskúmania sa týka rámca porovnatelnosti, ktorý zasa má vplyv na opravné prostriedky) a po druhé horizontálne z hľadiska opravných prostriedkov, ktoré sú k dispozícii za porušenia určitých zdrojov práva Únie.

196. Z dôvodov uvedených v tejto a predchádzajúcich častiach zastávam názor, že fyzické osoby sa môžu dovoľávať článku 21 ods. 1 Charty [v spojení s článkom 2 ods. 2 písm. a) smernice 2000/78], aby dosiahli zrušenie nezlučiteľných ustanovení vnútroštátneho práva. Právo Únie však nevyžaduje, aby náklady za zlyhanie štátu pri zabezpečení súladu vnútroštátneho práva s Chartou znášali v prvej inštancii *súkromní* zamestnávateľa, ktorí uplatňujú toto vnútroštátne právo.

#### 4. Návrh týkajúci sa štvrtej prejudiciálnej otázky

197. Na základe vyššie uvedených tvrdení navrhujem Súdnemu dvoru, aby na štvrtú prejudiciálnu otázku odpovedal takto:

Za okolností, aké existujú v prejednávanej veci, ktoré sa týkajú konania medzi súkromnými osobami:

- pokiaľ zákonodarca nevytvoril nediskriminačnú právnu situáciu, ustanovenia vnútroštátneho práva, o ktorých bolo rozhodnuté, že nie sú v súlade s článkom 21 ods. 1 Charty v spojení s článkom 1, článkom 2 ods. 2 písm. a) a článkom 7 ods. 1 smernice 2000/78, sa nesmú uplatniť;
- článok 21 ods. 1 Charty v spojení s článkom 1, článkom 2 ods. 2 písm. a) a článkom 7 ods. 1 smernice 2000/78 nemôže sám osebe ukladať zamestnávateľovi povinnosti;

100 Rozsudky z 19. novembra 1991, Francovich a i. (C-6/90 a C-9/90, EU:C:1991:428, bod 45), a z 15. januára 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, bod 50).

101 Body 45 až 54 vyššie.

102 Mám podozrenie, že tento prvok bol čiastočne zodpovedný za zmätok v otázke porovnatelnosti (pozri body 46 až 48 vyššie).

103 To sa javí byť štatisticky pomerne pravdepodobné, a nielen pre Cresco Investigation, ale aj pre viacero ďalších rakúskych zamestnávateľov. Bolo potvrdené, že príslušníci uvedených štyroch cirkví predstavujú približne 2 % rakúskych pracovných síl.



- účastník konania, ktorý bol poškodený týmto uplatňovaním vnútroštátneho práva, sa však môže odvolať na rozsudok z 19. novembra 1991, Francovich a i. (C-6/90 a C-9/90, EU:C:1991:428), aby mu prípadne bola priznaná náhrada spôsobenej škody.

## V. Návrh

198. Preto navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálne otázky, ktoré položil Oberster Gerichtshof (Najvyšší súd, Rakúsko), takto:

1. Článok 21 ods. 1 Charty základných práv Európskej únie v spojení s článkom 1 a článkom 2 ods. 2 písm. a) smernice Rady 2000/78/ES z 27. novembra 2000, ktorá ustanovuje všeobecný rámec pre rovnaké zaobchádzanie v zamestnaní a povolani, sa má vykladať v tom zmysle, že bráni vnútroštátnej právnej úprave, podľa ktorej je Veľký piatok sviatkom s neprerušenou dobou odpočinku aspoň 24 hodín iba pre príslušníkov evanjelickej cirkvi augsburského a helvétskeho vyznania, starokatolíckej cirkvi a evanjelickej cirkvi metodistickej, a ak zamestnanec, ktorý je príslušníkom jednej z týchto cirkví, pracuje napriek tomu, že tento deň je sviatkom, má okrem nároku na úhradu za prácu, ktorá nemusí byť vykonaná z titulu, že tento deň je dňom sviatku, nárok na zaplatenie za skutočne vykonanú prácu, zatiaľ čo ostatní zamestnanci, ktorí nie sú príslušníkmi týchto cirkví, takýto nárok nemajú.
2. Za okolností prejednávanej veci nepredstavuje vnútroštátna právna úprava, ktorá priznáva mzdové zvýhodnenie takého typu, aký je uvedený v prvej prejudiciálnej otázke, iba príslušníkom určitých cirkví, ktorí pracujú na Veľký piatok, opatrenie, ktoré je v demokratickej spoločnosti nevyhnutné na zabezpečenie ochrany práv a slobôd iných v zmysle smernice 2000/78.
3. Vnútroštátna právna úprava, ktorá priznáva mzdové zvýhodnenie takého typu, aký je uvedený v prvej prejudiciálnej otázke, nepredstavuje pozitívne konanie v zmysle článku 7 ods. 1 smernice 2000/78.
4. Za okolností prejednávanej veci, ktoré sa týkajú konania medzi súkromnými osobami:
  - pokiaľ zákonodarca nevytvoril nediskriminačnú právnu situáciu, ustanovenia vnútroštátneho práva, o ktorých bolo rozhodnuté, že nie sú v súlade s článkom 21 ods. 1 Charty (základných práv) v spojení s článkom 1, článkom 2 ods. 2 písm. a) a článkom 7 ods. 1 smernice 2000/78, sa nesmú uplatniť;
  - článok 21 ods. 1 Charty (základných práv) v spojení s článkom 1, článkom 2 ods. 2 písm. a) a článkom 7 ods. 1 smernice 2000/78 nemôže sám osebe ukladať zamestnávateľovi povinnosti;
  - účastník konania, ktorý bol poškodený týmto uplatňovaním vnútroštátneho práva, sa však môže odvolať na rozsudok z 19. novembra 1991, Francovich a i. (C-6/90 a C-9/90, EU:C:1991:428), aby mu prípadne bola priznaná náhrada spôsobenej škody.