



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
MICHALA BOBKA,  
predstavljeni 25. julija 2018<sup>1</sup>

**Zadeva C-193/17**

**Cresco Investigation GmbH  
proti  
Markusu Achatziju**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,  
ki ga je vložilo Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče, Avstrija))

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Enako obravnavanje pri zaposlovanju in delu – Nacionalna zakonodaja, ki daje nekatere pravice omejeni skupini delavcev – Primerljivost – Neposredna diskriminacija na podlagi vere – Utemeljitev – Pozitivni ukrepi – Horizontalna uporaba Listine o temeljnih pravicah – Horizontalna uporaba Listine Evropske unije o temeljnih pravicah – Obveznosti delodajalcev in nacionalnih sodnikov v primeru nezdružljivosti nacionalnega prava s členom 21(1) Listine o temeljnih pravicah in členom 2(2)(a) Direktive 2000/78/ES“

### I. Uvod

1. Po avstrijskem pravu je veliki petek (plačan) dela prost dan le za pripadnike štirih cerkva. Vendar so pripadniki teh cerkva, če na ta dan delajo, dejansko upravičeni do nadomestila v višini dvojnega plačila za delo. Markus Achatzi (v nadaljevanju: tožeča stranka) je zaposlen v družbi Cresco Investigation GmbH (v nadaljevanju: tožena stranka). Tožeča stranka ni pripadnica nobene od štirih cerkva. Zato ni bila niti upravičena do plačanega dela prostega dneva niti ni prejela dvojnega plačila za delo na veliki petek v letu 2015.

2. Tožeča stranka je toženo stranko tožila za dodatno plačilo, za katerega meni, da bi ga morala prejeti za delo na veliki petek, pri čemer je trdila, da obstaja v nacionalni zakonodaji diskriminacija na podlagi vere in prepričanja glede pogojev dela in plačila. Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče, Avstrija) v tem okviru Sodišče v bistvu sprašuje, ali je nacionalna ureditev, kot je ta v postopku v glavni stvari, diskriminatorna glede na pravo Unije in, če je, kakšna je posledica te ugotovitve za obdobje, preden nacionalni zakonodajalec sprejme novo, nediskriminatorno pravno ureditev: ali naj vsi delavci uživajo pravice iz praznika velikega petka in do dodatnega plačila (ki ga plača delodajalec) ali pa naj ne bo nihče od njih upravičen do te ugodnosti?

3. Predložitevno sodišče se v vprašanjih sklicuje na „člen 21 Listine o temeljnih pravicah v povezavi z“ Direktivo 2000/78/ES.<sup>2</sup> Določena dejanska vsebina in vzporednost uporabe določb Listine ter upoštevne sekundarne zakonodaje, ki izraža to določbo Listine, zagotovo nista nič novega v sodni praksi Sodišča. Pri obravnavi vprašanja *abstraktne* združljivosti določbe nacionalnega prava z Listino

<sup>1</sup> Jezik izvirnika: angleščina.

<sup>2</sup> Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 79).

in direktivo EU<sup>3</sup> je vprašanje o tem, kaj točno velja za obravnavano zadevo, verjetno drugotnega pomena. Toda v obravnavani zadevi je Sodišče pozvano, naj konkretizira posledice vsake takšne nezdržljivosti za neko (horizontalno) vrsto pravnega razmerja, ki zahteva natančnost glede vprašanja, s čim točno bi bila katera koli takšna nacionalna ureditev nezdržljiva v takšni vrsti razmerja.

## II. Pravni okvir

### A. Pravo Unije

#### 1. Listina o temeljnih pravicah

4. Člen 21(1) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina) določa: „Prepovedana je vsakršna diskriminacija na podlagi spola, rase, barve kože, etničnega ali socialnega porekla, genetskih značilnosti, jezika, vere ali prepričanja, političnega ali drugega mnenja, pripadnosti narodnosti manjšini, premoženja, rojstva, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti.“

5. V členu 52(1) Listine je navedeno: „Kakršno koli omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava ta listina, mora biti predpisano z zakonom in spoštovati bistveno vsebino teh pravic in svoboščin. Ob upoštevanju načela sorazmernosti so omejitve dovoljene samo, če so potrebne in če dejansko ustrezajo ciljem splošnega interesa, ki jih priznava Unija, ali če so potrebne zaradi zaščite pravic in svoboščin drugih.“

#### 2. Direktiva 2000/78

6. V členih 1, 2 in 7 Direktive 2000/78 je določeno:

„Člen 1

Namen

Namen te direktive je opredeliti splošni okvir boja proti diskriminaciji zaradi vere ali prepričanja, hendikepiranosti, starosti ali spolne usmerjenosti pri zaposlovanju in delu, zato da bi v državah članicah uresničevali načelo enakega obravnavanja.

Člen 2

Koncept diskriminacije

1. V tej direktivi ‚načelo enakega obravnavanja‘ pomeni, da ne obstaja nikakršna neposredna ali posredna diskriminacija zaradi katerega od razlogov iz člena 1.

2. V smislu odstavka 1:

(a) se šteje, da gre za neposredno diskriminacijo, kadar je, je bila ali bi bila oseba obravnavana manj ugodno kakor neka druga v primerljivi situaciji zaradi katerega od razlogov iz člena 1;

3 Glede vprašanja, ali je določba nacionalnega prava z določenimi značilnostmi na splošno in pravzaprav ne glede na naravo pravnega razmerja, za katero se uporablja na nacionalni ravni, združljiva s pravom Unije glej na primer nedavno sodbo z dne 19. julija 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

(b) se šteje, da gre za posredno diskriminacijo, kadar je zaradi kakšne navidez nevtralne določbe, merila ali prakse neka oseba določene vere ali prepričanja, ki ima določen hendikep ali je določene starosti ali spolne usmerjenosti, v primerjavi z drugimi v slabšem položaju, razen če

[...]

5. Ta direktiva ne vpliva na ukrepe, izhajajoče iz nacionalne zakonodaje, ki so v demokratični družbi nujni zaradi javne varnosti, vzdrževanja javnega reda in preprečevanja kaznivih dejanj, za zaščito zdravja ter varstvo pravic in svoboščin drugih.

[...]

## Člen 7

### Pozitivni in posebni ukrepi

1. Da bi bila v praksi zagotovljena popolna enakost, načelo enakega obravnavanja ne preprečuje državam članicam, da bi ohranile ali sprejele posebne ukrepe, katerih cilj je preprečevati ali kompenzirati za prikrajšanost, povezano s katerim od motivov iz člena 1.

[...]“

## B. Nacionalno pravo

7. Člen 7(2) Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz), BGBl. N 144/1983, kakor je bil spremenjen (zakon o počitku in dela prostih dnevih) z dne 3. februarja 1983, vsebuje seznam 13 državnih praznikov, ki veljajo za vse delavce. Člen 7(3) določa, da je za pripadnike Evangeličanskih cerkva Augsburgske in Helvetske veroizpovedi, Starokatoliške cerkve ter Evangeličansko-metodistične cerkve tudi veliki petek dela prost dan.

8. Člen 9 zakona o počitku in dela prostih dnevih v bistvu določa, da delavec, ki ne dela na dela prost dan, ohrani pravico do polnega plačila za ta dan (člen 9(1)), in da je, če dela, upravičen do dvojnega plačila (člen 9(5)).

## III. Dejansko stanje, postopek in predložena vprašanja

9. Vsakdo, ki dela na kateri koli dela prost dan od 13 plačanih državnih praznikov v Avstriji, prejme poleg svoje običajne plače dodatno plačilo za delo na praznik, katerega znesek je enak rednemu plačilu (v nadaljevanju: nadomestilo), kar pomeni, da je za delo na te dni plačan dvojno. Toda ker je veliki petek plačan državni praznik le za pripadnike štirih cerkva, so le ti upravičeni do tega, da poleg običajne plače prejmejo dodatek, če na ta dan delajo.

10. Tožeča stranka je zaposlena pri toženi stranki. Ni pripadnica nobene od štirih cerkva. Zato niti ni bila upravičena do plačanega dela prostega dneva niti ji tožena stranka ni izplačala nadomestila za delo na veliki petek 3. aprila 2015.

11. Tožeča stranka s svojo tožbo zahteva plačilo v bruto znesku 109,09 EUR skupaj z obrestmi. Meni, da zakonska ureditev, ki veliki petek kot dela prost dan določa samo za pripadnike štirih cerkva skupaj z nadomestilom, če na ta dan dejansko delajo, pomeni diskriminacijo na podlagi vere in prepričanja glede pogojev dela ter plačila.

12. Tožena stranka tej trditvi ugovarja in predlaga zavrnitev tožbe s povračilom stroškov. Trdi, da ne gre za diskriminacijo.

13. Sodišče prve stopnje je tožbo zavrnilo, pri čemer je izhajalo iz tega, da gre v primeru ureditve velikega petka za vsebinsko upravičeno različno obravnavanje različnega dejanskega stanja.

14. Pritožbeno sodišče je ugodilo pritožbi tožeče stranke in prvostopenjsko sodbo spremenilo, tako da je tožbi ugodilo. Pri tem je izhajalo iz tega, da je nacionalna ureditev, ki določa različno obravnavanje za veliki petek, v nasprotju s členom 21 Listine, ki se uporablja neposredno. Ugotovilo je, da gre za neposredno diskriminacijo zadevnih delavcev zaradi vere, ki ni upravičena. Veliki petek kot državni praznik zato ne bi smel biti omejen na nekatere skupine delavcev, zaradi česar je tudi tožeča stranka, ki je na veliki petek, to je 3. aprila 2015, delala, upravičena do nadomestila.

15. Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče) mora zdaj odločiti o reviziji, ki jo je tožena stranka vložila zoper sodbo pritožbenega sodišča in s katero predlaga potrditev sodbe sodišča prve stopnje, s katero je bila tožba zavrnjena. Navedeno sodišče je prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

- „1. Ali je treba pravo Unije, zlasti člen 21 Listine o temeljnih pravicah v povezavi s členom 1 ter členom 2(2)(a) Direktive 2000/78/ES razlagati tako, da v sporu med delavcem in delodajalcem v zvezi z zasebnim delovnim razmerjem nasprotuje nacionalni ureditvi, ki samo za pripadnike Evangeličanskih cerkva Augsburgske in Helvetske veroizpovedi, Starokatoliške cerkve ter Evangeličansko-metodistične cerkve kot dela prost dan s pravico do 24-urnega neprekinjenega počitka določa tudi veliki petek in za primer opravljanja dela s strani delavca na dela prost dan poleg pravice do plačila zaradi izpada dela na prost dan delavcu priznava tudi pravico do nadomestila za opravljeno delo, teh pravic pa ne priznava tudi drugim delavcem, ki niso pripadniki teh cerkva?
2. Ali je treba pravo Unije, zlasti člen 21 Listine o temeljnih pravicah v povezavi s členom 2(5) Direktive 2000/78/ES razlagati tako, da nacionalna ureditev, predstavljena v okviru prvega vprašanja, ki – glede na skupno število prebivalstva in večinsko pripadnost Rimskokatoliški cerkvi – priznava pravice zgolj sorazmerno majhni skupini pripadnikov določenih (drugih) cerkva, ni v nasprotju s to direktivo, ker gre za ukrep, ki je v demokratični družbi nujen za varstvo pravic in svoboščin drugih, zlasti pravice do svobodnega izražanja vere?
3. Ali je treba pravo Unije, zlasti člen 21 Listine o temeljnih pravicah v povezavi s členom 7(1) Direktive 2000/78/ES razlagati tako, da je nacionalna ureditev, predstavljena v okviru prvega vprašanja, pozitiven in poseben ukrep v korist pripadnikov cerkva, navedenih v okviru prvega vprašanja, za zagotavljanje njihove popolne enakosti v praksi, za preprečevanje ali kompenziranje za prikrajšanost teh pripadnikov zaradi vere, če se jim s tem zagotavlja enaka pravica prakticiranja vere med delovnim časom na praznik, ki je za to vero še posebej pomemben, ki se sicer na podlagi druge nacionalne ureditve zagotavlja večini delavcev s tem, da so verski prazniki za delavce, ki pripadajo verski večini, na splošno dela prosti dnevi?
4. V primeru pritrditve obstoju diskriminacije v smislu člena 2(2)(a) Direktive 2000/78/ES:

Ali je treba pravo Unije, zlasti člen 21 Listine o temeljnih pravicah v povezavi s členom 1, členom 2(2)(a) ter členom 7(1) Direktive 2000/78/ES razlagati tako, da mora delodajalec, ki je zasebni subjekt, dokler zakonodajalec ne vzpostavi pravnega položaja brez diskriminacije, vsem delavcem, ne glede na njihovo versko pripadnost, na veliki petek zagotoviti pravice, predstavljene v okviru prvega vprašanja, ali pa se nacionalna ureditev, predstavljena v okviru prvega vprašanja, v celoti ne uporablja, zaradi česar pravice, opredeljene v okviru prvega vprašanja, na veliki petek ne pripadajo nobenemu delavcu?“

16. Pisna stališča so predložile tožeča in tožena stranka, avstrijska, italijanska in poljska vlada ter Evropska komisija. Poleg tega so zadevne stranke na obravnavi 10. aprila 2018 ustno podale stališča.

#### IV. Presoja

##### A. Uvod

17. Menim, da odobritev plačanega dela prostega dneva na veliki petek le pripadnikom štirih cerkva skupaj z nadomestilom, če te osebe na ta dan delajo, pomeni diskriminacijo na podlagi vere v smislu člena 21(1) Listine in neposredno diskriminacijo v smislu člena 2(2)(a) Direktive 2000/78 (prvo vprašanje, ki ga je postavilo predložitveno sodišče, obravnavano v oddelku C spodaj). Zdi se, da ni nobene veljavne utemeljitve za takšno diskriminacijo (drugo vprašanje, oddelek D). Prav tako se zdi, da takšnega obravnavanja ni mogoče opredeliti kot „pozitivni ukrep“ (tretje vprašanje, oddelek E).

18. Po mojem mnenju se bolj zapleteno vprašanje v tej zadevi glasi, kakšne so pravne posledice takšne (abstraktne) ugotovitve diskriminacije, opravljene na podlagi direktive (ki nima nobenega neposrednega horizontalnega učinka na zasebne subjekte) in določbe Listine, v sporu med zasebnimi subjekti. Načelo primarnosti zahteva, da se nacionalna ureditev ne uporabi. Toda ali je mogoče bodisi iz tega načela bodisi iz morebitnega neposrednega horizontalnega učinka člena 21(1) Listine sklepati tudi, da je delodajalec (zasebna prava) po pravu Unije dolžan poleg običajne plače plačati nadomestilo vsem, ki delajo na veliki petek ne glede na njihova verska prepričanja? Po mojem mnenju to ni mogoče. Vendar pa pravo Unije zahteva, da je delavcu na voljo učinkovito pravno sredstvo, ki lahko vključuje možnost odškodninskega zahtevka zoper državo članico (četrto vprašanje, oddelek F spodaj).

19. Preden načnem vprašanja predložitvenega sodišča v navedenem vrstnem redu, bom obravnaval vprašanje pristojnosti, ki sta ga sprožili italijanska in poljska vlada v zvezi s členom 17 PDEU.

##### B. Pristojnost Sodišča

20. Poljska vlada je v svojih pisnih in ustnih stališčih zatrjevala, da so pravila o državnem prazniku velikem petku v tej zadevi pravila, ki urejajo razmerja med štirimi cerkvami in avstrijsko državo. Kot taka so zajeta v pojmu „status[a], ki ga cerkve in verska združenja ali skupnosti uživajo v državah članicah po nacionalnem pravu“ iz člena 17(1) PDEU. Zato Sodišče ni pristojno, da odgovori na vprašanja predložitvenega sodišča. Na ustni obravnavi je italijanska vlada v zvezi s členom 17 PDEU navedla podoben argument. Menila je, da bi moralo Sodišče odgovoriti na predložena vprašanja tako, da potrdi izključno pristojnost držav članic, da odločajo o odobritvi državnega praznika ali nadomestila nekaterim verskim skupinam.

21. Menim, da je treba te trditve zavriniti.

22. Sodišče je v svoji sodbi v zadevi Egenberger menilo, da „člen 17 PDEU izraža nevtralnost Unije glede organizacije držav članic glede njihovega odnosa s cerkvami in verskimi združenji ali skupnostmi“. <sup>4</sup> Generalni pravobranilec E. Tanchev je v sklepnih predlogih v isti zadevi še dodal, da zahteva po nevtralnosti ne pomeni, da so razmerja med cerkvijo in državo popolnoma zaščitena pred

<sup>4</sup> Sodba z dne 17. aprila 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, točka 58).

nadzorom nad spoštovanjem temeljnih pravic EU (ali prava Unije v splošnejšem smislu) „ne glede na okoliščine“.<sup>5</sup> Sodišče je v sodbi Egenberger dejansko izrecno potrdilo, da „[na podlagi člena 17 PDEU] ni mogoče izpustiti učinkovitega sodnega nadzora nad spoštovanjem meril iz člena 4(2) Direktive 2000/78“.<sup>6</sup>

23. Splošneje v skladu s predlogi generalnih pravobranilcev v sodbah Achbita in Egenberger člen 17 PDEU „dopolnjuje in daje poseben učinek členu 4(2) PEU“. Iz zadnjenedenega člena „ni mogoče zaključiti, da bi bila določena strokovna področja ali področja delovanja v celoti izvzeta iz področja uporabe Direktive 2000/78“.<sup>7</sup>

24. Podobno se v sodbi *Congregación de Escuelas Pías de Betania*<sup>8</sup> ni zdelo, da bi člen 17(1) PDEU kakor koli preprečil uporabo pravil EU o državni pomoči za prihodke cerkva. Sodišče o problematiki člena 17(1) PDEU sploh ni razpravljalo,<sup>9</sup> čeprav obstaja vidik, s katerega bi lahko vsebino zadeve razlagali tako, da zadeva finančna razmerja med cerkvijo in državo ali da pomembno vpliva na finančni položaj cerkva.

25. Slika, ki izhaja iz te sodne prakse, se zdi dokaj jasna: člen 17(1) PDEU potrjuje nevtralnost prava EU, kar zadeva status cerkva, in zahteva, da na ta status ne vpliva. Kolikor vem, se Evropska unija opredeljuje kot povsem nevtralna, dejansko agnostična, kar zadeva cerkveno ureditev države članice v ožjem smislu: na primer ali se država članica opredeljuje kot versko strogo nevtralna ali pa ima dejansko državno cerkev. Taka opredelitev nevtralnosti predstavlja pomembno *načelno trditev*. Poleg tega ožjega razumevanja je lahko pripravna tudi kot *orodje za razlago*, ki se uporablja prečno, kot je to dejansko v primeru drugih vrednot in interesov, zajetih v naslovu II prvega dela PDEU („Splošne določbe“), na drugih področjih prava Unije: ob upoštevanju, da so vsi drugi dejavniki enaki, je treba dati prednost razlagi prava EU, ki najbolj ščiti vrednote in interese, izražene v teh določbah.

26. Vendar člena 17(1) PDEU zunaj teh dveh razsežnosti po mojem mnenju ni mogoče razumeti tako, da zaradi njega *katera koli* nacionalna pravila, povezana z razmerjem države do cerkva ali njihovim statusom, preprosto ne spadajo na področje uporabe prava Unije. Tako kot davčne oprostitve niso zunaj področja uporabe prava Unije že zaradi golega dejstva, da zadevajo cerkev, ali vino ni zunaj področja uporabe pravil Pogodbe o prostem pretoku blaga samo zato, ker gre za sveto vino, ki se uporablja za bogoslužje. Preprosto povedano, „spoštovanja statusa“ ne moremo razumeti kot „skupinsko izjemo“ za katero koli zadevo, ki zadeva cerkev ali versko skupnost.

27. Zato ne razumem, kako bi bilo pravilo, ki vsem delodajalcem (ne glede na njihovo vero ali njen neobstoj) nalaga obveznost, da odobrijo plačan dela prost dan delavcem, ki so pripadniki štirih cerkva (ali nadomestilo tistim pripadnikom, ki na ta dan delajo), v skladu s členom 17(1) PDEU popolnoma zaščiteno pred nadzorom ob upoštevanju Listine ali Direktive 2000/78.

28. Tako razumevanje člena 17(1) PDEU dalje podpira dejstvo, da je s členom 17(2) PDEU podobno zagotovilo nevtralnosti razširjeno na status svetovnonazorskih in nekonfesionalnih organizacij. Ker se Evropska unija v členu 17(2) PDEU zavezuje k „enakemu spoštovanju“ statusa takih organizacij, bi vsaka „izjema“, hipotetično odobrena cerkvam in verskim organizacijam ali skupnostim, takoj začela veljati za vsako svetovnonazorsko organizacijo (v veliki meri neopredeljeno in prepuščeno pravu držav članic). V členu 17(2) je tako dalje poudarjeno dejstvo, da namen nedvomno ni mogel biti, da se s področja uporabe prava Unije odstranijo kakršna koli razmerja bodisi neposredna bodisi posredna med državami članicami in takimi organizacijami.

5 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca E. Tancheva v zadevi Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, točka 93, glej tudi točko 88).

6 Sodba z dne 17. aprila 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257, točka 58).

7 Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, točka 32); sklepni predlogi generalnega pravobranilca E. Tancheva v zadevi Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851, točka 95).

8 Sodba z dne 27. junija 2017 (C-74/16, EU:C:2017:496).

9 Vendar glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v navedeni zadevi (C-74/16, EU:C:2017:135, točke od 29 do 33).

29. Glede na navedene ugotovitve Sodišču predlagam, naj trditve italijanske in poljske vlade, da Sodišče bodisi ni pristojno za odgovarjanje na predložena vprašanja bodisi da predmet spora ne spada v pristojnost Evropske unije, zavrne.

### C. Prvo vprašanje

30. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali člen 21(1) Listine in člen 2(2)(a) Direktive 2000/78 nasprotujeta pravilu nacionalnega prava, s katerim je plačan dela prost dan na veliki petek odobren le pripadnikom štirih cerkva in odobreno nadomestilo v primeru, da pripadnik na ta dan dela.

31. Menim, da tako pravilo pomeni diskriminacijo v smislu teh določb.

32. Na splošno neposredna diskriminacija obstaja, kadar se oseba (i) obravnava manj ugodno (ii) od druge osebe v primerljivem položaju, (iii) na podlagi zaščitenega razloga (v tem primeru vere), (iv) brez sleherne objektivne utemeljitve takega različnega obravnavanja.<sup>10</sup>

33. Vprašanje morebitnih utemeljitev iz točke (iv) je predmet drugega vprašanja predložitvenega sodišča (oddelek D spodaj).

34. Kar zadeva točki (i) in (iii), je po mojem mnenju jasno, da obstaja v tej zadevi manj ugodno obravnavanje na podlagi vere. Manj ugodno obravnavanje zajema delavce, ki niso pripadniki štirih cerkva in prejmejo običajno ali „enkratno“ plačilo za delo na veliki petek, medtem ko pripadniki štirih cerkva dejansko prejmejo dvojno plačilo. Čeprav tožeča stranka v obravnavani zadevi tega ne trdi, zavrnitev plačanega dela prostega dneva na veliki petek vsakomur, ki ni pripadnik ene od štirih cerkva, pomeni manj ugodno obravnavanje na podlagi vere.<sup>11</sup>

35. Zadnji element v analizi diskriminacije, to je primerljivost, je tisto bolj zapleteno vprašanje v tej zadevi. Zahteva dvojno pojasnilo. Prvič, koga se primerja: posameznike ali skupine posameznikov (2)? Drugič, kaj so potemtakem ustrezne značilnosti primerjave? Na kateri stopnji abstrakcije je treba izvesti primerjavo (3)?

36. Pred podrobnejšo obravnavo teh točk je potrebnih nekaj predhodnih pojasnil v zvezi s parametri analize.

#### **1. Merila analize: vrsta nadzora, veljavno pravo in točna narava zadevne ugodnosti**

37. Prvič, prvo in četrto vprašanje predložitvenega sodišča imata dva vidika. Prvi vidik zadeva *abstraktno* presojo združljivosti, pri čemer predložitveno sodišče zahteva nadzor nad združljivostjo pravil nacionalnega prava s členom 21(1) Listine v povezavi s členom 2(2)(a) Direktive 2000/78. Drugi vidik, na katerega opozarja predložitveno sodišče v prvem vprašanju in ki je v celoti izraženo v četrtem vprašanju, je dejstvo, da postopek v glavni stvari vključuje pravdni postopek med zasebnima strankama. Kaj bi bila torej v tej vrsti razmerja *dejanska* posledica kakršne koli morebitne ugotovitve, da je pravo države članice, kot je opisano v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, nezdružljivo s pravom EU?

10 Nedavno na splošno glej na primer sodbi z dne 5. julija 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, točke od 29 do 31), in z dne 12. decembra 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, točka 31), seveda s to razliko, da mora biti vsaka taka utemeljitev v okviru Listine skladna z njenim členom 52(1), v okviru Direktive 2000/78 pa s členom 2(5).

11 Razlikovanje med tema ugodnostma obravnavam spodaj v točkah od 40 do 44 in od 82 do 86.

38. V teh sklepnih predlogih ta dva vidika obravnavam ločeno. Dejstvo, da sta dejansko prepletena, je povzročilo precej zmede v tem postopku tako na ravni pravnih sredstev kot tudi pri razpravi o primerljivosti. Zato je moj predlagani odgovor na prvo vprašanje predložitvenega sodišča v okviru tega oddelka splošen in se nanaša le na (abstraktni) nadzor nad združljivostjo pravil. Posledice kakršne koli morebitne ugotovitve v zvezi s tem za posamezni primer so obravnavane v četrtem vprašanju (oddelek F).

39. Drugič, s to točko je povezano vprašanje prava, ki se uporablja. Ko je bilo Sodišču predloženo vprašanje o tem, ali člen 21(1) Listine in člen 2(2)(a) Direktive 2000/78 nasprotujeta določbi nacionalnega prava, je v preteklosti presojalo vsebinsko združljivost s to določbo direktive, to isto analizo pa učinkovito razširilo na člen 21(1) Listine.<sup>12</sup> Dejansko se za vprašanje abstraktnega nadzora nad združljivostjo jasno uporabljata oba vira prava Unije.<sup>13</sup> Zato bosta oba upoštevana vzporedno z odgovori na prvo, drugo in tretje vprašanje predložitvenega sodišča. Nasprotno pa postane položaj bolj zapleten v okviru odgovora na četrto vprašanje.

40. Tretjič, analizo diskriminacije je treba izvesti „glede na zadevno ugodnost“.<sup>14</sup> V obravnavani zadevi so različne „ugodnosti“ priznane pripadnikom štirih cerkva (in odrečene tistim, ki ne pripadajo tej skupini), in sicer (a) plačan dela prost dan in (b) nadomestilo, če pripadnik na ta dan dela.

41. Menim, da je treba za odločanje v tej zadevi izrecno obravnavati le domnevno diskriminatornost nadomestila. Dejansko iz opisa dejanskega stanja v predlogu za sprejetje predhodne odločbe izhaja, da tožeča stranka v postopku v glavni stvari, ki teče pred nacionalnimi sodišči, *ne zahteva plačanega dela prostega dneva na veliki petek*. Zahteva pa *nadomestilo* za delo, ki ga je opravila tega dne.

42. Zato je izpodbijana manj ugodna obravnava,<sup>15</sup> v zvezi s katero je treba opraviti analizo diskriminacije, in sicer neizplačilo nadomestila. V tem smislu tudi razumem prvo vprašanje predložitvenega sodišča, ki se nanaša izrecno na oba člena 7(3) in 9(5) zakona o počitku in dela prostih dnevih (ki zagotavlja dvojno plačilo tistim delavcem, ki delajo na državni praznik), in ne na člena 7(3) in 9(1) zakona o počitku in dela prostih dnevih (ki zagotavlja pravico do plačila, čeprav oseba na državni praznik ne dela).

43. Povsem razumem, da so vse te določbe v nacionalnem pravu povezane. Ko je v skladu z nacionalnim pravom neki dan razglašen za državni praznik, se začne uporabljati celotna ureditev za državne praznike, ki vključuje oboje – pravico do plačila za ta dan, čeprav oseba ne dela, in pravico do dvojnega plačila, če oseba na ta dan dela (nadomestilo). Toda prav to je del problema: če so določene ugodnosti ali pravice po nacionalnem pravu povezane z enako utemeljitvijo, jih je pozneje precej težko razdružiti in ne upoštevati vseh posledic, ki jih nacionalno pravo pripisuje njihovi uporabi.

44. Zaradi celovitosti se bom na koncu tega oddelka kljub temu vrnil k vprašanju plačanega dela prostega dne.<sup>16</sup>

## **2. S kom primerjati: posamezniki ali skupinami?**

45. Tožeča stranka, tožena stranka, avstrijska vlada in Komisija so vse dejansko predlagale, naj se primerjajo enake skupine, in sicer (i) pripadniki štirih cerkva in (ii) tožeča stranka *kot oseba, ki ni pripadnica nobene od štirih cerkva*.

12 Nedavno na primer sodba z dne 19. julija 2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, točke od 16 do 18 in 47).

13 Za več podrobnosti glej moje sklepne predloge v zadevi *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:235, točke od 20 do 36).

14 Sodba z dne 19. julija 2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, točka 25). Glej tudi sodbo z dne 1. oktobra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, točka 32).

15 V smislu koraka (i) preizkusa diskriminacije, navedene zgoraj v točki 32.

16 Glej spodaj točke od 82 do 86.



46. Zunaj tega osnovnega dogovora pa so se začele pojavljati razlike. Izražena so bila zlasti različna stališča o tem, ali je treba posamezno tožečo stranko primerjati kot posameznika ali kot predstavnico skupine.

47. Komisija v pisnih stališčih tožečo stranko najprej primerja s pripadniki štirih cerkva. Nato primerja hipotetične skupine drugih delavcev v Avstriji s pripadniki štirih cerkva in navaja, da je nacionalno sodišče tisto, ki odloča o tem, ali nacionalna zakonodaja povzroča diskriminacijo v teh zadevah. Tudi druge stranke so primerjavo razširile prek tožeče stranke. Tožena stranka na primer primerja pripadnike štirih cerkva z „večino“ delavcev, ki lahko prakticirajo svojo vero (če so verni) v okviru že odobrenih državnih praznikov.

48. Komisija je dalje menila, da odobritev plačanega dela prostega dne pripadnikom štirih cerkva *ne* pomeni diskriminacije zoper *tožečo stranko*, za katero je Komisija domnevala, da je ateist. Razen trditve, da tožeča stranka ni bila pripadnica nobene od štirih cerkva, njena verska prepričanja dejansko nikoli niso bila izrecno potrjena pred tem Sodiščem.

49. Razlogovanje Komisije izpostavlja zanimivo točko. Komisija se oddalji od nadzora nad združljivostjo nacionalnih ukrepov, kot so ti, opisani v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, s pravom Unije in obravnava konkretni primer tožeče stranke. S tem poudarja prej predlagano stališče:<sup>17</sup> vprašanje obstoja diskriminatornih ukrepov, ki jim nasprotuje pravo Unije (ki je predmet prvega vprašanja predložitvenega sodišča in predmet splošnega, abstraktnega nadzora nad združljivostjo), je vprašanje, ki ga je najbolje obravnavati ločeno od posledic kakršne koli zakonodajne diskriminacije v konkretni zadevi (ki je predmet četrtega vprašanja).<sup>18</sup>

50. To logiko sistemsko podpirajo zadeve, v katerih je bilo Sodišče pozvano, naj presodi primere zakonodajne diskriminacije. V sodni praksi obstaja razlika med „diskriminacijo, ki izhaja neposredno iz zakonodajnih določb ali kolektivnih pogodb“ in diskriminacijo, ki jo „v istem podjetju“ povzroči delodajalec. Z drugimi besedami, diskriminacijo, ki izvira iz *zakonodaje*, in diskriminacijo, ki jo povzroči *delodajalec*.<sup>19</sup>

51. V obravnavani zadevi izvira očitana diskriminacija iz *zakonodajnih določb*, in Sodišče je pozvano, naj presodi združljivost teh določb s pravom Unije. V takem položaju Sodišče za izvedeno primerjavo kot izhodišče svoje analize dejansko uporabi skupine, opredeljene v zakonodaji. Dejstvo, da je posamezna tožeča stranka pripadnica take skupine, je seveda pomembno za določitev ene od skupin, ki se bo primerjala. Konkretna situacija take tožeče stranke lahko ponazarja tudi učinkovito delovanje splošnih pravil, ki se presojujejo v posameznih primerih. Vendar pa ostaja dejstvo, da se bodo v vsakem takem abstraktnem nadzoru v primeru zakonodajne diskriminacije primerjale skupine, in ne posamezniki, in da te skupine tvorijo okvir za primerjalno analizo.

52. Tako je bilo na primer v sodbah Mangold in Küçükdeveci, v katerih je bila obravnavana diskriminacija na podlagi starosti.<sup>20</sup> Tožeči stranki v teh zadevah sta trdili, da sta bili diskriminirani na podlagi njune starosti. Nacionalna delovna zakonodaja je omogočala, da so bili *ljudje v njunih starostnih skupinah* deležni manjše zaščite kot *pripadniki drugih starostnih skupin*. Njuna delodajalca sta te nižje standardne uporabila za tožeči stranki. Sodišče je ugotovilo, da je taka *nacionalna*

17 Glej zgoraj točki 37 in 38 teh sklepnih predlogov.

18 V zvezi s tem glej zadevo Feryn, v kateri je vir diskriminacije politika zaposlovanja delodajalca zoper priseljence in v kateri se je štelo, da je za obstoj diskriminacije *določljivost žrtve nepotrebna* (sodba z dne 10. julija 2008, C-54/07, EU:C:2008:397, točka 40).

19 Glej na primer sodbi z dne 8. aprila 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, točka 40), ter z dne 17. septembra 2002, Lawrence in drugi (C-320/00, EU:C:2002:498, točka 17).

20 Sodbi z dne 22. novembra 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), in z dne 19. januarja 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

*zakonodaja* diskriminatorna in v nasprotju s pravom Unije. Pri tem ni primerjalo položaja vsake od tožečih strank s položajem njunih sodelavcev. V praksi je bila namesto tega opravljena primerjava med obravnavanjem prikrajšanih starostnih skupin in favoriziranih starostnih skupin (z drugimi besedami, skupin, ki so abstraktno opredeljene v sporni zakonodaji).<sup>21</sup>

53. Pristop Sodišča v takih primerih poudarja dejstvo, da se pravna analiza jasno nanaša na abstrakten, splošni *nadzor nad združljivostjo* nacionalne zakonodaje s pravom Unije, ne pa na preiskavo tega, ali posamični toženi delodajalec diskriminira med tožečo stranko in njenimi sodelavci.<sup>22</sup>

54. Po mojem mnenju je v tej zadevi te preudarke pomembno upoštevati. To pa zato, ker predložitev sodišče poleg vprašanja združljivosti v svojem četrtem vprašanju konkretno sprašuje o načinu, kako odpraviti diskriminacijo v konkretnem in praktičnem smislu. S tem vprašanjem bo v središče postavljena problematika „izvora“ diskriminacije, pa tudi organ, ki „je odgovoren za neenakost in ki bi lahko ponovno vzpostavil enako obravnavanje“.<sup>23</sup>

### **3. Katere skupine: značilnosti, ki se upoštevajo kot podlaga za primerjavo**

55. Kot omenjeno je večina zainteresiranih strani, ki so izrazile stališča, spraševala, ali je bila tožeča stranka v podobnem položaju kot pripadniki štirih cerkva. Toda ta primerjava je bila izvedena s sklicevanjem na različne značilnosti v zvezi z različnim vidikom primerjave. To razlikovanje pa ustvari različne vrste primerljivih skupin.

56. V širšem smislu so stranke predlagale tri možnosti glede na izbrano stopnjo abstrakcije:

- (i) delavci, za katere je veliki petek najpomembnejše versko praznovanje v letu („ozka primerjalna osnova“, v bistvu stališče avstrijske vlade in tožene stranke). Ob uporabi te ozke primerjalne osnove in na podlagi trditev tožeče stranke na obravnavi ta ne bi bila v podobnem položaju kot pripadniki štirih cerkva. To bi izključevalo vsako primerljivost in pomenilo, da ni diskriminacije;
- (ii) delavci, za katere je to „zlasti posebno“ (versko) praznovanje, ki ne sovpada z nobenim drugim državnim praznikom, že priznanim po nacionalnem pravu („vmesna primerjalna osnova“, v bistvu stališče Komisije). Na podlagi te primerjalne osnove ni jasno, ali bi bila tožeča stranka v podobnem položaju kot pripadniki štirih cerkva, saj njena verska prepričanja niso poznana. To bi bilo na koncu dejansko vprašanje za nacionalno sodišče;
- (iii) delavci, ki delajo na veliki petek in se od drugih delavcev razlikujejo na podlagi vere glede plačila za ta dan („široka primerjalna osnova“, v bistvu stališče tožeče stranke v tej zadevi). Na podlagi te primerjalne osnove bi bila tožeča stranka v podobnem položaju kot pripadniki štirih cerkva, ki delajo na veliki petek. To bi načeloma pomenilo, da obstaja diskriminacija.

57. Preden obravnavam ustrezno primerjalno osnovo v obravnavani zadevi, je treba obravnavati širše vprašanje. Sodišče je v svojih pisnih vprašanjih za stranke v tej zadevi vprašalo, ali je mogoče načeloma zanikati primerljivost izrecno na podlagi domnevnega razloga, podrobneje navedenega v členu 21(1) Listine in členu 1 Direktive 2000/78 (v tej zadevi vere).

21 V zadevah Mangold in Kücükdeveci (in v obravnavani zadevi) je bila tožeča stranka pripadnica prikrajšane skupine. V zvezi s podobnim pristopom, v katerem pa je manj gotovosti, ali je obravnavani ukrep dejansko (le) v prid ali (le) v škodo zadevne skupine, glej sodbo z dne 19. julija 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

22 To je v nasprotju s pristopom v zadevah, v katerih diskriminacijo povzroči delodajalec, in v številnih zadevah, v katerih je treba določiti konkretne skupine sodelavcev, ki so deležni ugodnejše obravnave, da bi sploh lahko opravili primerjavo. Glej v tem smislu sodbi z dne 17. septembra 2002, Lawrence in drugi (C-320/00, EU:C:2002:498), in z dne 13. januarja 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18).

23 Sodbi z dne 17. septembra 2002, Lawrence in drugi (C-320/00, EU:C:2002:498, točki 17 in 18), in z dne 13. januarja 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, točki 45 in 46). Navedeno razlikovanje jasno vpliva na vprašanje razpoložljivih pravnih sredstev, ki so podrobneje obravnavana v točkah od 172 do 196 spodaj.

58. V zadevah, ki vključujejo različno obravnavanje, ki je neposredno povezano s samim domnevnim razlogom, Sodišče dosledno domneva obstoj diskriminacije.<sup>24</sup> Sodišče trditve o neobstoju primerljivosti v tovrstnih zadevah, če se te sploh upoštevajo, običajno obravnava na kratko.<sup>25</sup>

59. Vendar menim, da teoretično ni mogoče potrditi, da je *treba* različno obravnavanje na podlagi domnevnega razloga *vselej* enačiti z neposredno diskriminacijo.<sup>26</sup> Možnosti, da se lahko domnevni razlog sam po sebi uporabi za zanikanje primerljivosti, ni mogoče povsem izključiti.<sup>27</sup>

60. Domnevam, da je tako kot v številnih drugih zadevah dilema v ravni podrobnosti, na kateri bo oblikovan razlog za razlikovanje. Domnevni razlog je vselej abstrakten (na primer nobene diskriminacije na podlagi vere). Vendar pa so predpisi, ki vzpostavljajo okvir primerljivosti v posameznih zadevah, neizogibno podrobnejši ter pogosto upoštevajo druge interese in preudarke (kot so predpisi o državnih praznikih in plačilu). Tako se bo v praktičnem smislu precej redko zgodilo, da bosta tako domnevni razlog kot tudi okvir primerljivosti oblikovana na popolnoma enaki ravni abstrakcije in v popolnoma enakem obsegu.

61. Res pa je tudi, da zgoraj navedena sodna praksa jasno potrjuje, da je v primeru, ko se na domnevni razlog sklicuje na ta način, če se izrazim s prisposodbo, to razlog za preplah. Ugotovitev neobstoja primerljivosti je izjema. Razen če ne obstaja jasen in prepričljiv argument, da se zadevne skupine tako bistveno razlikujejo, da to preprečuje sleherno potrebo po razpravi o nujnosti ali sorazmernosti ukrepa, je treba različno obravnavanje obravnavati na ravni „utemeljitev“, ne pa „(neobstoja) primerljivosti“.

62. To prekrivanje vprašanja primerljivosti in vprašanja utemeljenosti, zaradi katerega je obstoječi okvir za analizo diskriminacije notranje prenosljiv, je očitno tudi v obravnavani zadevi. Analiza diskriminacije je formalno razdeljena na različne stopnje: poizvedbo o obstoju primerljivih položajev, različno obravnavanje teh skupin in, če se ugotovi obstoj diskriminacije (različno obravnavanje v primerljivih položajih), poizvedbo o utemeljitvah. Toda vse te stopnje vključujejo podobna vprašanja o obsegu in pomenu različnih položajev ter različnega obravnavanja. Če se različni položaji štejejo za dovolj pomembne (ob upoštevanju narave in obsega različnega obravnavanja v praksi), primerljivost ne obstaja. Če se po drugi strani različni položaji ne štejejo za dovolj pomembne (sklep, ki ga je lažje sprejeti, če se različno obravnavanje na prvi pogled zdi rahlo „pretirano“), potem primerljivost in različno obravnavanje obstajata, analiza pa se preusmeri na utemeljitve. V okviru presoje utemeljitev se vprašanje v bistvu glasi, ali različno obravnavanje kljub temu, da se uporablja v pravno primerljivih položajih, ustrezno in pošteno odraža dejanske razlike v teh položajih.

63. Ob upoštevanju navedenega zdaj načentam vprašanje ustrezne primerjalne osnove v tej zadevi.

24 Sodbe z dne 8. novembra 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, točki 12 in 17); z dne 8. novembra 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, točka 13); z dne 27. februarja 2003, Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, točka 39), in z dne 1. aprila 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, točka 72). Tako je v primeru, ko različno obravnavanje izrecno temelji na domnevnem razlogu (na primer sodba z dne 5. julija 2017, Fries, C-190/16, EU:C:2017:513, točke od 32 do 34). Toda zgolj *sklicevanje* z ukrepom na domnevni razlog samo po sebi ne zadostuje za ugotovitev, da gre za neposredno diskriminacijo (glej sodbi z dne 14. marca 2017, Bougnaoui in ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204, točka 32, in z dne 14. marca 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, točka 30). Sodišče je zavzelo podoben pristop v zadevah, v katerih domnevni razlog pomeni motiv za različno obravnavanje (glej na primer sodbo z dne 16. julija 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, točka 91) ali pa v praksi zadeva le skupino, ki jo je mogoče določiti na podlagi sumljivega razloga (na primer sodba z dne 20. septembra 2007, Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, točka 55).

25 Glej na primer sodbo z dne 19. julija 2017 Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, točke od 25 do 28). Toda kot primer zanikanja primerljivosti glej sodbo z dne 1. oktobra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 Za drugačno stališče glej sklepe predloge generalne pravobranilke E. Sharpston v zadevi Bressol in drugi (C-73/08, EU:C:2009:396, točka 55).

27 Sodba z dne 1. oktobra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, točka 40).

#### 4. Ustrezna primerjalna osnova v obravnavani zadevi

64. V skladu z ustaljeno sodno prakso „[je treba] [z]ahtevo, ki se nanaša na primerljivost položajev za ugotovitev kršitve načela enakega obravnavanja, [...] presoditi zlasti glede na vse njihove značilnosti“.<sup>28</sup> Poleg tega je treba presojo take primerljivosti opraviti ob upoštevanju cilja zadevnih nacionalnih določb.<sup>29</sup>

65. V obravnavani zadevi je avstrijska vlada navedla, da je veliki petek najpomembnejši verski praznik za pripadnike štirih cerkva. *Cilj* zadevnih nacionalnih predpisov je takim osebam omogočiti sodelovanje pri verskih praznovanjih ta dan in tako spoštovati njihovo svobodo veroizpovedi.

66. Sodna praksa prav tako zahteva, da se izvede analiza primerljivosti, ki ne sme biti splošna in abstraktna, temveč specifična „glede na zadevno ugodnost“.<sup>30</sup>

67. Kot je že bilo navedeno,<sup>31</sup> zadevna ugodnost v obravnavani zadevi ni dela prost dan na veliki petek, temveč nadomestilo. Ob upoštevanju te ugodnosti menim, da je pravilna široka primerjalna osnova.

68. Zaradi ugodnosti nadomestila izbrana skupina posameznikov, ki delajo na veliki petek, prejme dvojno plačilo prav zaradi svoje vere. Drugi ljudje, ki delajo na ta dan, prejmejo običajno plačo kljub dejstvu, da morda opravljajo popolnoma enako delo. Ob upoštevanju te ugodnosti ne obstaja med tema skupinama noben ustrezen razlikovalni dejavnik. Ravni plačila in vera so načeloma nepovezane.

69. Na to ugotovitev po mojem mnenju ne vpliva navedeni cilj nacionalne zakonodaje za varstvo svobode veroizpovedi in bogoslužja. Preprosto ne razumem, kakšno zvezo ima s tem ciljem dvojno plačilo posebni versko opredeljeni skupini delavcev na zadevni dan. Dejansko je mogoče trditi – resda ne brez kančka cinizma – da pravica do dvojnega plačila pripadnikom štirih cerkva, ki delajo na veliki petek, pomeni ekonomsko spodbudo za to, da se ta dan ne izrabi za *bogoslužje*.

70. Na to bi lahko odgovorili, da so pripadniki štirih cerkva, ki delajo na veliki petek, dejansko v drugačnem položaju, saj delo na ta dan nanje še posebno vpliva. V zvezi s tem razumem, da obstajajo nekateri posebni sektorji, v katerih lahko delodajalci tudi od pripadnikov štirih cerkva zahtevajo, da delajo na veliki petek. Toda kakor je navedeno zgoraj, je vprašanje, ki je v skladu s sodno prakso Sodišča tu pomembno, ali so položaji primerljivi ob upoštevanju *cilja* nacionalnega prava (ki je po mojem razumevanju varstvo svobode veroizpovedi, ne pa nadomestilo v primeru njenega nespoštovanja) *in posebnih ugodnosti*. Poleg tega opozarjam tudi, da je v členu 9(5) zakona o počitku in dela prostih dnevih določeno nadomestilo za tiste, ki delajo na dela prost dan, *ne glede na to, ali je dela prost dan odobren iz verskih razlogov*.

71. Iz zgoraj navedenih razlogov menim, da so ob upoštevanju ugodnosti nadomestila in glede na cilj ustreznih določb nacionalnega prava primerljivi vsi delavci, ki delajo na veliki petek in se razlikujejo na podlagi vere glede plačila za ta dan.

72. V zvezi z vprašanjem primerljivosti bi rad dodal nekaj nadaljnjih pripomb.

73. Prvič, da ne bo pomote, seveda ne dvomim o posebnem pomenu, ki ga ima veliki petek za pripadnike štirih cerkva. V tem posebnem oziru jih je vsekakor mogoče razlikovati od posameznikov, za katere veliki petek nima takega pomena. Toda po mojem mnenju je ta značilnost različno pomembna za različne vrste ukrepov: odobritev odsotnosti z dela na ta dan, odobritev odsotnosti

28 Sodba z dne 1. oktobra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, točka 31).

29 Sodba z dne 1. oktobra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, točka 33).

30 Sodbi z dne 1. aprila 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, točka 42); z dne 10. maja 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, točka 42); z dne 12. decembra 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, točka 33), in z dne 1. oktobra 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, točka 32).

31 Točke od 40 do 43 zgoraj.

z dela, ki pa se odšteje od skupnega letnega dopusta, odobritev plačane odsotnosti z dela in dodatno plačilo osebi, ki na ta dan dela. V obravnavani zadevi je sporna ugodnost nadomestilo. Glede na to ugodnost pripadniki štirih cerkva, ki delajo na veliki petek, morda niso v *enakem* položaju kot drugi delavci, toda pomen njihove vere zagotovo ni tak, da njihovega položaja ne bi bilo mogoče primerjati.<sup>32</sup>

74. Drugič, izhodišče za presojo primerljivosti v pravu Unije so cilji in kategorije, določene v nacionalnem pravu. Toda ti cilji in kategorije sami ne morejo biti odločilni in usmerjevalni. Kot sem že navedel drugod,<sup>33</sup> če bi bilo drugače in bi bilo vprašanje primerljivosti na podlagi preudarka vnaprej določeno s kategorijami, določenimi v nacionalni zakonodaji, potem bi sama nacionalna zakonodaja določala nabor mogočih primerjav, in sicer na podlagi področja njene uporabe. Taka presoja bo skoraj gotovo postala krožna, brez dejanske možnosti za pregled.

75. V obravnavani zadevi je po mojem mnenju teža analize primerljivosti ciljev in kategorij, določenih v nacionalni zakonodaji, bistveno zmanjšana zlasti zaradi neskladnosti med izraženim ciljem varstva pravice do praznovanja velikega petka in povečanim zaslužkom za delo na ta dan.

76. Tretjič, nacionalna zakonodaja v tej zadevi je domnevno posebej prilagojena. Določa cilje in opredeljuje kategorije, ki za posebno obravnavanje izpostavljajo posameznike, ki pripadajo nekaterim (in znotraj celotnega avstrijskega prebivalstva očitno dokaj majhnim)<sup>34</sup> krščanskim skupinam. To je že samo po sebi razlog za previdnost. Toda če bi domnevali, da so te zelo posebne značilnosti dejansko tako pomembne in smiselne, da so zaradi njih položaji pripadnikov štirih cerkva neprimerljivi, bi to pomenilo, da se bodo verjetno tudi pripadniki drugih verskih skupin od drugih razlikovali po pomembnih značilnostih.

77. Diskriminacija ne nastopi le takrat, kadar se enaki položaji obravnavajo različno, temveč tudi takrat, kadar se objektivno različni položaji obravnavajo enako. Če se šteje, da imajo pripadniki štirih cerkva pomembne razlikovalne značilnosti, je treba potemtakem načeloma upoštevati vsako posamezno vero, da bi določili način različnega obravnavanja pripadnikov te vere v smislu dodatnih (plačanih) prostih dni in nadomestil.<sup>35</sup> Toda to preprosto ni pristop, ki ga je zavzela avstrijska država. V pisnih in ustnih stališčih avstrijske vlade je bilo potrjeno, da obstaja kolektivna pogodba, po kateri je pripadnikom judovske veroizpovedi na praznik dneva sprave jom kipur odobren dela prost dan, ki pa se očitno uporablja le v nekaterih sektorjih nacionalnega gospodarstva. Vsekakor pa je to edina druga vera, ki se obravnava tako.<sup>36</sup>

78. Zadnjemavedeni razlog je na koncu še en argument v zvezi s tem, zakaj „ozke primerjalne osnove“, ki sta jo predlagali avstrijska vlada in tožena stranka, ni mogoče podpreti. Tudi če sprejmemo dejstvo, da imajo le pripadniki štirih cerkva objektivno potrebo po praznovanju velikega petka, zaradi česar jih ni mogoče primerjati z drugimi verskimi skupinami (ker naj domnevno nobena od njih ne bi imela enake potrebe po praznovanju točno tega dne), in če prezremo dejstvo, da nadomestilo prej odvrča

32 Sodba z dne 19. julija 2017 *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, točka 25).

33 Glej moje sklepe predloge v zadevi *MB* (C-451/16, EU:C:2017:937, točka 47).

34 Avstrijska vlada je v svojih pisnih in ustnih stališčih pojasnila, da so bili v preteklosti pripadniki štirih cerkva v Avstriji manjšina, ki drugače od katoliške večine ni imela dela prostega dne na dan njihovega najpomembnejšega verskega praznika. Morda so pripadniki štirih cerkva, ko je bil člen 7(3) vključen v zakonodajo, predstavljali večino nekatoliškega prebivalstva. Toda kakor je bilo potrjeno v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, navedeni pripadniki ne predstavljajo celotnega nekatoliškega prebivalstva v Avstriji, ki vključuje druge veroizpovedi.

35 Kot primer enakega obravnavanja položajev, ki se lahko kljub temu razlikujejo iz verskih razlogov, glej sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice (veliki senat) z dne 6. aprila 2000, *Thlimmenos/Grčija* (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

36 Glej na primer sodbo z dne 1. oktobra 2015, *O* (C-432/14, EU:C:2015:643, točka 38). V tej zadevi je Sodišče presojalo o primerljivosti „mladih“, ki obiskujejo univerzo ali šolo, in drugih delavcev. Sodišče je menilo, da skupini nista primerljivi. Pri tem je upoštevalo cilje nacionalne zakonodaje, a obenem jasno pazilo na skladnost argumenta in obravnavanja drugih skupin.

od takega spoštovanja, kot pa ga spodbuja, se jasno poraja vprašanje *selektivnosti* ukrepa, ki vprašanje diskriminacije pomakne za stopnjo višje. Kaj pa druge verske skupine ali skupnosti, ki imajo tudi pomembna verska praznovanja, ki niso zajeta s seznamom obstoječih državnih praznikov, zajetem v členu 7(1) zakona o počitku in dela prostih dnevih?

79. Če logiki (ne)primerljivosti sledimo v celoti, nobena od teh skupin ne bi bila primerljiva z drugimi, saj imajo objektivno potrebo po praznovanju različnih verskih praznovanj. Ali bi tudi to pomenilo, da lahko nacionalna zakonodaja določi dela proste dni (domnevno tudi v različnem trajanju?) le nekaterim, medtem ko drugim to odreče, morebiti skupaj z različnimi ravnmi plačila?

80. Iz vseh teh razlogov sklepam, da je posledica povezane uporabe določb, kot sta člen 7(3) in člen 9(5), zakona o počitku in dela prostih dnevih manj ugodna obravnava tožeče stranke v primerjavi s pripadniki štirih cerkva, ki za delo na veliki petek prejmejo dvojno plačilo. Zadevno različno obravnavanje je neposredno povezano z vero.<sup>37</sup>

81. Po mojem mnenju ni pomembno, ali je besedilo člena 9(5) zakona o počitku in dela prostih dnevih dejansko očitno nevtralnno, saj iz predloga za sprejetje predhodne odločbe jasno izhaja, da je podlaga za pravico do nadomestila iz te določbe člen 7(3) navedenega zakona. Zadnjenavedena določba ni nevtralna, temveč izrecno razlikuje na podlagi vere. Posledično različno obravnavanje pomeni diskriminacijo v smislu člena 21(1) Listine in neposredno diskriminacijo v smislu člena 2(2)(a) Direktive 2000/78.

### **5. Ugodnost plačanega dela prostega dneva**

82. V središču opravljene analize je vprašanje diskriminacije glede na ugodnost nadomestila. V predhodnem oddelku teh sklepnih predlogov sem poskušal pojasniti, zakaj je ta ugodnost, ki je navsezadnje upoštevni predmet v postopku v glavni stvari, tista, ki jo je treba upoštevati za namen primerljivosti. Zaradi celovitosti se bom na kratko dotaknil ugodnosti plačanega dela prostega dneva in vprašanja, kako bi morebitna osredotočenost na to ugodnost spremenila okvir primerljivosti.

83. Kot sem že omenil, ima pomen velikega petka za pripadnike štirih cerkva različno težo v smislu analize primerljivosti, če se uporabi za različne ugodnosti.<sup>38</sup> Odobritev (neplačane) odsotnosti z dela na ta dan je seveda skladnejša z navedenim ciljem varstva svobode veroizpovedi kot pa nadomestilo. Zahteva po *plačilu* delavcev, ki so na veliki petek odsotni z dela zaradi bogoslužja, se nekoliko odmika od opredeljenega cilja, ki ga je navedla avstrijska vlada, vendar pa verjetno ostaja tesneje povezana s tem prvotnim ciljem kot pa nadomestilo.<sup>39</sup>

84. Na podlagi teh preudarkov ugotavljam, da obstajajo v primeru, da bi se ta zahteva nanašala le na ugodnost plačanega dela prostega dneva, trdne utemeljitve za uporabo vmesne primerjalne osnove, kakor je to dejansko zagovarjala Komisija.

85. Toda če ponovim, dejstvo ostaja, da tožeča stranka v postopku v glavni stvari ne zahteva velikega petka kot plačanega dela prostega dne. Tudi ne zahteva, da naj bo kak drug poseben dan priznan kot dan, za katerega velja enaka ureditev, s čimer bi bilo zadoščeno njenim posebnim in drugačnim verskim prepričanjem. To, kar zahteva, je nadomestilo za delo na veliki petek, s čimer se odpravi diskriminacija na podlagi vere pri plačilu.

37 Glej v tem smislu sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, točka 43).

38 Točke od 40 do 43 in 73 zgoraj.

39 Zlasti za tiste delavce, za katere koriščenje dodatnega dne neplačanega dopusta pomeni finančno težavo.

86. Kljub popolnemu zavedanju splošnega namena ukrepa, pa tudi dejstva, da sta plačan dela prost dan in nadomestilo v bistvu dve plati iste medalje, pa vmesna primerjalna osnova, kot jo je predlagala Komisija,<sup>40</sup> ne more biti odločilna za namene obravnavane zadeve. Poleg tega iz istih zgoraj navedenih razlogov glede nadomestila<sup>41</sup> menim, da je uporaba ozke primerjalne osnove, ki sta jo zagovarjali avstrijska vlada in tožena stranka, v vsakem primeru izključena tudi glede ugodnosti plačanega dela prostega dneva.

## 6. Predlog glede prvega vprašanja

87. Glede na zgoraj navedeno predlagam, naj Sodišče na prvo vprašanje predložitvenega sodišča odgovori:

Člen 21(1) Listine v povezavi s členom 1 in členom 2(2)(a) Direktive 2000/78 je treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, ki določa veliki petek kot dela prost dan s pravico do 24-urnega neprekinjenega počitka samo za pripadnike Evangeličanskih cerkva Augsburgske in Helvske veroizpovedi, Starokatoliške cerkve in Evangeličansko-metodistične cerkve ter ki delavcu, pripadniku eni od teh cerkva, ki dela na dela prost dan, priznava poleg pravice do plačila za delo, ki ga ni treba opraviti zaradi dela prostega dneva, tudi pravico do nadomestila za opravljeno delo, ne da bi to pravico priznala tudi drugim delavcem, ki niso pripadniki teh cerkva.

## D. Drugo vprašanje

88. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je mogoče ukrepe v prid pripadnikom štirih cerkva v obsegu, v katerem se štejejo za diskriminatorne, utemeljiti v skladu s členom 2(5) Direktive 2000/78.

89. Menim, da to ni mogoče.

90. Uvodoma naj pripomnim, da je treba v obsegu, v katerem je na podlagi prvega vprašanja ugotovljeno, da so obravnavani ukrepi v nasprotju s členom 21(1) Listine v povezavi s členom 2(2)(a) Direktive 2000/78, vsakršno utemeljitev presojati na podlagi člena 52(1) Listine oziroma člena 2(5) Direktive. Poleg formalnega elementa, da določba direktive ne more določati odstopanja od določbe Listine, pa še vedno velja, da je besedilo teh določb nekoliko drugačno.

91. A za namene obravnavane zadeve je vsebinska analiza na podlagi obeh določb podobna. Na podlagi obeh določb je uveljavljana utemeljitev „varstvo pravic in svoboščin drugih“. Poleg tega je treba obe določbi kot izjemi od prepovedi diskriminacije razlagati ozko<sup>42</sup>, pri čemer sta predmet preizkusa sorazmernosti.<sup>43</sup>

92. Obstajajo zlasti trije razlogi, zaradi katerih sklepam, da odobritve ugodnosti nadomestila *ni mogoče* utemeljiti niti na podlagi člena 52(1) Listine niti člena 2(5) Direktive.

40 Če se torej sploh ne dotaknemo vprašanj razlage vmesne primerjalne osnove, ki bi jih morali načeti in ki zagotovo niso preprosta: kaj je opredeljeno kot „posebni“ dan? Ali obstaja zakonski prag duhovnega ali verskega pomena? Katere vere bi morale biti upravičene in ali je to dejansko mogoče prenesti na druge verske sisteme, ki imajo več zelo pomembnih dni? Kaj pa na primer ateisti, ki imajo prav tako zanje zelo pomembne dneve? Ali je treba katolikom odreči dodatni dan, ker so iz zgodovinskih razlogov številni njihovi posebni dnevi že zajeti z drugimi 13 državnimi prazniki? Poleg tega se je na ustni obravnavi razpravljalo tudi o občutljivosti zahteve po razkritju (verskih) prepričanj posameznika delodajalcu – kar je logična posledica pri uporabi vmesne primerjalne osnove.

41 Glej točke od 76 do 79 zgoraj.

42 Glej sodbi z dne 13. septembra 2011, Prigge in drugi (C-447/09, EU:C:2011:573, točki 55 in 56), ter z dne 12. decembra 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, točka 46).

43 Glej besedilo člena 21(1) Listine in uvodno izjavo 23 Direktive. Glej tudi sodbo z dne 5. julija 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, točka 44).

93. Prvič, ni popolnoma očitno, da „varstvo pravic in svoboščin drugih“ zajema nudenje nadomestila v primeru omejitev teh svoboščin. Zdi se mi, da to ne predstavlja varstva, temveč odškodnino v primeru neuspešnega varstva.

94. Vendar pa se, kolikor bi bilo to načeloma lahko zajeto, določbe nanašajo posebej na „varstvo pravic in svoboščin drugih“. V zvezi s tem je bil člen 2(5) očitno vstavljen v Direktivo tik pred zdajci na vztrajanje Združenega kraljestva,<sup>44</sup> dokazi pa kažejo, da je bila določba namenjena varstvu širše javnosti pred škodljivim ravnanjem nekaterih skupin.<sup>45</sup>

95. Moje razumevanje take določbe je podobno: omogoča odstopanje v imenu pravic in svoboščin drugih, razumljenih v horizontalnem in prečnem smislu, to je pravic in svoboščin preostale širše družbe. To bi utemeljevalo logično strukturo odstopanja: breme ali prikrajšanost, naloženo neki skupini, bi lahko ta morda zakonito nosila, če je to nujno in sorazmerno za splošni interes širše javnosti. V tej fazi lahko pride do določenega tehtanja interesov med določenim (prikrajšanost) in splošnim (interes).

96. Sprejetje logike, da so „drugi“ v „varstvu pravic in svoboščin drugih“ dejansko pripadniki skupine, ki so jim z obravnavano zakonodajo dodeljene nekatere ugodnosti, bi to logiko obrnilo na glavo. Celotni argument bi postal krožen in vsaka posebna ureditev upravičena že s samim dejstvom njegovega obstoja.

97. Drugič, *selektivna* narava člena 7(3) in člena 9(5) zakona o počitku in dela prostih dnevih je v vsakem primeru problematična z vidika sorazmernosti, zlasti njen prvi vidik, to je primernost. Čeprav je navedeni cilj ukrepov varstvo svobode veroizpovedi, se ukrepi uporabljajo le za nekatere skupine. Druge manjšine niso omenjene. Naj spomnim, da Sodišče v okviru presoje sorazmernosti diskriminatornega nacionalnega ukrepa upošteva skladnost ukrepa z navedenim ciljem. Tako je odločilo, da je „zakonodaja primerna za zagotavljanje zatrjevanega cilja le, če resnično ustreza namenu, da se ta cilj doseže *skladno in sistematično*, ter da izjeme od določb zakona lahko v nekaterih primerih ogrožajo njegovo doslednost“.<sup>46</sup> Čeprav je res, da zadevne določbe nacionalnega prava v tem primeru ne vsebujejo izjem, ki izključujejo nekatere skupine, pa je praktičen učinek določitve zelo ozkega obsega pravice enak. Izključuje vse razen pripadnikov štirih cerkva.

98. Ta problem selektivnosti ni odpravljen z odobritvijo odsotnosti z dela iz verskih razlogov na podlagi drugih predpisov. V tem smislu je res, da obstaja v Avstriji na primer kolektivna pogodba, po kateri je pripadnikom judovske veroizpovedi na praznik dneva sprave jom kipur odobren dela prost dan, in tudi dolžnost skrbnosti delodajalcev v razmerju do njihovih delavcev.<sup>47</sup>

99. Toda v zvezi s kolektivno pogodbo je bilo v pisnih odgovorih avstrijske vlade na vprašanja Sodišča potrjeno, da se ne uporablja za vse sektorje in da se tudi ta pogodba uporablja le za pripadnike posamezne verske skupine. V zvezi z dolžnostjo skrbnosti po mojem mnenju pravice delavca, da proaktivno zaprosi za nekajurno odsotnost z dela zaradi verskega obreda, preprosto ni mogoče primerjati s pravico do plačanega dela prostega dneva, zapisano v nacionalno zakonodajo ali kolektivno pogodbo. Splošneje, čeprav je na podlagi zahteve in soglasja delodajalca za pripadnike drugih ver mogoče pridobiti odsotnost z dela zaradi verskega obreda, pa ne obstaja splošna samodejna pravica do finančnega nadomestila, če ta odsotnost z dela ni dejansko izrabljena.

44 Glej na primer Ellis, E., in Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2. izdaja, Oxford EU Law Library, 2012, str. 403.

45 Sklepni predlogi generalne pravobranilke E. Sharpston v zadevi Bougnaoui in ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553, opomba 99).

46 Sodba z dne 5. julija 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, točka 48).

47 Vsebovana v členu 8 zakona o počitku in dela prostih dnevih.



100. Tretjič, med varstvom svobode veroizpovedi in pravico do nadomestila, če nekdo dela na veliki petek, ni nobene jasne povezave. Iz istih razlogov menim, da je odobritev nadomestila za pripadnike štirih cerkva, ki delajo na veliki petek, čeprav se uporablja tako selektivno, nesorazmerna v smislu, da je *neprimerna* za doseganje ciljev varstva svobode veroizpovedi v skladu s členom 52(1) Listine in členom 2(5) Direktive 2000/78. Težko je tudi razumeti, kako je plačilo dvojne plače za *nepraznovanje* velikega petka primerno za doseganje cilja varstva (čeprav selektivno priznane) svobode veroizpovedi in bogoslužja.

101. Na koncu opozarjam, da čeprav so zgornji preudarki osredotočeni na nadomestilo, razlogovanje iz točk 97 in 98, ki se nanaša na selektivnost ukrepa glede na ugodnost *plačanega dela prostega dneva*, velja in nasprotuje utemeljitvi diskriminatorne narave te ugodnosti.

102. Glede na navedeno predlagam, naj Sodišče na drugo vprašanje predložitvenega sodišča odgovori:

V okoliščinah, kot so te v obravnavani zadevi, nacionalna zakonodaja, ki določa dodelitev takega nadomestila, kakršno je omenjeno v prvem vprašanju, le pripadnikom nekaterih cerkva, ki delajo na veliki petek, ne pomeni ukrepa, s katerim je treba v demokratični družbi zagotoviti varstvo pravic in svoboščin drugih v smislu Direktive 2000/78.

### E. Tretje vprašanje

103. Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali ukrepi v prid pripadnikom štirih cerkva spadajo v pojem pozitivnih ukrepov na podlagi člena 7(1) Direktive 2000/78 v povezavi s členom 21(1) Listine.

104. Menim, da ne.

105. Uvodoma opozarjam, da natančno razmerje med členom 21(1) Listine in členom 7(1) Direktive 2000/78 ni takoj jasno. Zlasti razprava o tem, ali pozitivni ukrepi pomenijo (začasno) odstopanje od načela enakosti ali pa so dejansko neločljiv element resnično stvarne vizije enakosti, še zdaleč ni končana. Toda za namene teh sklepnih predlogov menim, da preučitev tako obsežnih vprašanj ni potrebna.

106. V okviru obravnavane zadeve je avstrijska vlada predlagala, da bi se lahko ukrepi razlagali tako, da spadajo v pojem pozitivnih ukrepov v tem smislu, da so bili sprejeti z namenom kompenzacije za manj ugodno obravnavo v preteklosti. V skladu s pisnimi stališči avstrijske vlade pripadniki štirih cerkva v nasprotju s katoliško večino niso imeli pravice do odsotnosti z dela, da bi se udeležili praznovanja svojega najpomembnejšega verskega praznika v letu, in so te razmere prenašali mnogo let, preden je bila v petdesetih letih minulega stoletja ta pravica zahtevana in priznana.

107. Res je, da „pozitivni ukrepi“ v zakonodaji ali sodni praksi niso jasno opredeljeni. Tako na prvi pogled ne obstaja omejitev glede tega, kaj lahko spada pod ta pojem tako v vsebinskem kot tudi časovnem smislu. Na tej stopnji bi bilo dejansko mogoče reči, da bi lahko namen „kompenzirati za prikrajšanost, povezano s katerim od motivov iz člena 1“, vključeval tudi željo po kompenzaciji za preteklo versko preganjanje (celo stoletja).

108. Pa vendarle priznam, da se že s čisto kronološkega vidika zdi dokaj vprašljivo, ali je bil ukrep, sprejet v petdesetih letih minulega stoletja, dejansko zasnovan kot „pozitivni ukrep“ v smislu veliko sodobnejšega pojma, ki se je prvič pojavil, seveda v pravu Unije, šele desetletja pozneje. Taka daljnovidnost meji že na čudež.

109. Toda ob neobstoju opredelitvene specifičnosti in če pustimo kronologijo ob strani, obstajata dva prepričljiva razloga, zakaj menim, da nadomestilo nikakor ne more pomeniti „pozitivnega ukrepa“.

110. Prvič, ukrep je usmerjen na zelo specifično skupino, s čimer se ponovno odpira že obravnavano vprašanje njegove *selektivnosti* in drugo-stopenjske diskriminacije.<sup>48</sup> Ukrepi niso bili sprejeti za zagotavljanje popolne enakosti vseh skupin, ki so bile v preteklosti na splošno prikrajšane ali, natančneje, nimajo dela prostega dneva za pomembno praznovanje, kot ga ima katoliška večina.

111. Drugič, vsak ukrep, ki domnevno spada v obseg pozitivnih ukrepov, mora biti v vsakem primeru skladen z načelom sorazmernosti. Nedavno je bilo to potrjeno na splošno v zvezi z ukrepi, ki omejujejo versko svobodo ter so se presojali ob upoštevanju Listine in Direktive 2000/78.<sup>49</sup> Čeprav sodna praksa Sodišča o uporabi koncepta pozitivnih ukrepov v okviru sekundarnega prava ne pomeni analize v smislu sorazmernosti, pa je jasno, da Sodišče preuči ukrepe, da bi ugotovilo, ali so ti nujni za nevtralizacijo zaznane prikrajšanosti.<sup>50</sup> Iz istih razlogov, kot so predstavljeni v zvezi z drugim vprašanjem,<sup>51</sup> menim, da zadevnih ukrepov nacionalnega prava v nobenem primeru ni mogoče šteti za sorazmerne, kot taki pa ne morejo spadati v koncept pozitivnih ukrepov v smislu člena 7(1) Direktive 2000/78.

112. Nazadnje opozarjam, da čeprav so zgornji preudarki znova osredotočeni na nadomestilo, razlogovanje v točkah 97, 98 in 101, ki se nanaša na selektivnost ukrepa glede na ugodnost *plačanega dela prostega dneva*, velja in nasprotuje obravnavi te ugodnosti kot „pozitivnega ukrepa“.

113. Glede na zgoraj navedeno predlagam, naj se na tretje vprašanje predložitvenega sodišča odgovori: Nacionalna zakonodaja, ki določa dodelitev takega nadomestila, kakršno je omenjeno v prvem vprašanju, ne pomeni pozitivnega ukrepa v smislu člena 7(1) Direktive 2000/78.

#### F. Četrto vprašanje

114. Predložitveno sodišče s četrtilim vprašanjem v bistvu sprašuje, kako bi bilo treba odpraviti kršitev prepovedi diskriminacije, natančneje, ko se ta pojavi v razmerju med zasebnimi strankami. Preden načnem vprašanje o tem, ali je rešitev v tem, da se dela prost dan in nadomestilo odrečeta vsem ali da se razširita na vse, se predhodno vprašanje, s katerim se deloma predvideva navedeni odgovor, glasi, kaj se uporablja v takem horizontalnem razmerju in s kakšnimi posledicami.

115. Številna načela, ki jih sodna praksa Sodišča že vsebuje, ponujajo nekaj smernic.

116. Prvič, na direktivo kot tako se proti posamezniku (kot je na primer delodajalec v zasebnem sektorju) ni mogoče sklicevati.<sup>52</sup> V takih primerih je pravno sredstvo žrtve načeloma odškodninski zahtevek zoper državo.<sup>53</sup>

117. Drugič, na prepoved diskriminacije na podlagi vere, ki jo vsebuje člen 21(1) Listine, se je mogoče vsaj v nekaterih primerih sklicevati „v povezavi z“ Direktivo 2000/78 zoper posameznika, kar ima za posledico, da nacionalno sodišče ne sme uporabiti nobene zakonodaje, za katero je ugotovljeno, da je nezdržljiva s to prepovedjo. V tem smislu povezava člena 21(1) Listine in Direktive privede do *pravice do prepovedi diskriminacije*, na katero se je mogoče sklicevati neposredno pred nacionalnimi sodišči celo v horizontalnem okviru. Vendar pa je treba pojasniti, da je to posledica *primarnosti* prava Unije, ne pa njegovega neposrednega učinka (glej oddelek 1 spodaj).

48 Podobno kot točke od 76 do 79 ter točki 97 in 98 zgoraj.

49 Sodba z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, točka 68).

50 Glej v tem smislu na primer sodbo z dne 11. novembra 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, točka 31).

51 Točka 100 zgoraj.

52 Sodbe z dne 14. julija 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, točka 20); z dne 5. oktobra 2004, Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, točka 108), ter z dne 19. januarja 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, točka 46).

53 Sodba z dne 19. novembra 1991, Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428). V zvezi s členom 21(1) Listine v povezavi z Direktivo 2000/78 glej sodbo z dne 15. januarja 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, točka 50).

118. Tretjič, po mojem mnenju člen 21(1) Listine nima „neposrednega horizontalnega učinka“ v tem smislu, da sam poraja določeno obveznost na strani zasebnega delodajalca, ki jo morajo nacionalna sodišča izvrševati neposredno zoper tega delodajalca, če diskriminacija izvira iz nacionalnega prava kot v obravnavani zadevi (oddelek 2). Vendar pa mora žrtev imeti možnost vložitev odškodninskega zahtevka zoper državo, da bi odpravila tako diskriminacijo (oddelek 3).

## 1. Primarnost

### a) Povezovanje direktiv z določbami Listine

119. Sodišče je zavrnitev neposrednega horizontalnega učinka zgoraj navedenih direktiv nadomestilo na več načinov. Pogosto je to storilo z obveznostjo skladne razlage.<sup>54</sup> V skladu z ustaljeno sodno prakso pa se s to obveznostjo od nacionalnih sodišč ne zahteva, da nacionalno pravo razlagajo *contra legem*. V obravnavani zadevi je nacionalno sodišče jasno navedlo, da skladna razlaga nacionalnega prava ni mogoča.

120. Zaradi takih omejitev skladne razlage je Sodišče „povezalo“ razlago splošnih načel prava<sup>55</sup> ali Listine<sup>56</sup> z Direktivo 2000/78, da bi ugotovilo, da se lahko posameznik v sporu z drugo zasebno stranko sklicuje na bistveno vsebino direktive v praksi, da bi izpodbijal nasprotujoče nacionalno pravo.

121. V sodbah Mangold, Küçükdeveci in DI<sup>57</sup> je Sodišče odločilo, da so zadeve nacionalne določbe nezdržljive z nekaterimi zadevnimi določbami *direktive*. V nadaljevanju je potrdilo, da pravo Unije „nasprotuje“ takim določbam nacionalnega prava (zaradi česar jih nacionalno sodišče „ne sme uporabiti“ ali mora „opustiti njihovo uporabo“) v obsegu, v katerem so v navzkrižju s *splošnim načelom*. Posledično so morala nacionalna sodišča nacionalno pravo razlagati „tako, da se lahko [uporablja] v skladu [z] direktivo, ali če taka razlaga ni [bila] mogoča, po potrebi [niso smela] uporabiti nobene določbe tega nacionalnega prava, ki je v nasprotju s splošnim načelom prepovedi diskriminacije na podlagi starosti“. <sup>58</sup> Ustrezna vsebina direktive je bila tako dejansko prenesena v splošno načelo, preden je bilo to „konkretizirano“ načelo uporabljeno v zasebnem sporu za ugotavljanje nezdržljivosti z nacionalnim pravom.

122. V sodbi Egenberger je Sodišče odločilo, da prepoved diskriminacije na podlagi vere ali prepričanja iz člena 21(1) Listine „sama po sebi podeljuje posameznikom pravico, na katero se lahko sklicujejo v sporu s področja, ki spada pod pravo Unije“. <sup>59</sup> Pri uporabi te prepovedi je nacionalno sodišče „dolžno za določitev obveznosti, ki izhajajo iz Listine [...], upoštevati zlasti ravnovesje, ki ga je med temi interesi vzpostavil zakonodajalec Unije v Direktivi 2000/78“. <sup>60</sup> Z drugimi besedami, v zvezi z vsebino zadevnih določb direktive je bilo dejansko ugotovljeno, da je implicitno izražena v členu 21 Listine. Nacionalno sodišče mora zagotoviti polni učinek te določbe tako, „da po potrebi ne uporabi nobene nasprotujoče nacionalne določbe“. <sup>61</sup> Enako razlogovanje je bilo smiselno uporabljeno za člen 47 Listine.

54 Sodbi z dne 5. oktobra 2004, Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584), in z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

55 Sodbi z dne 22. novembra 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), in z dne 19. januarja 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

56 Sodba z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

57 Sodbe z dne 22. novembra 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, točki 77 in 78); z dne 19. januarja 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, točki 43 in 51), ter z dne 19. aprila 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, točki 27 in 35).

58 Sodba z dne 19. aprila 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, točka 43).

59 Sodba z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, točka 76).

60 Sodba z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, točka 81).

61 Sodba z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, točka 79).

123. V zadevi AMS<sup>62</sup> je Sodišče kljub temu priznalo omejitve tovrstnega prenosa vsebine direktiv v splošna načela in določbe Listine za namene njene uporabe v horizontalnih razmerjih. Pri tej zadevi je šlo za Direktivo 2002/14/ES, ki je zahtevala zastopanje zaposlenih v podjetjih z več kot 50 zaposlenimi.<sup>63</sup> Člen 3(1) je določal prag „50 zaposlenih“ in, kolikor je to upoštevno za obravnavani primer, je šlo v zadevi v bistvu za opredelitev „zaposlenega“ za te namene. Sodišče je ugotovilo, da je zadevna nacionalna določba nezdržljiva s členom 3(1) Direktive, saj izključuje nekatere vrste zaposlenih iz izračuna števila zaposlenih.

124. Vendar je Sodišče dalje navedlo, da „se okoliščine postopka v glavni stvari razlikujejo od tistih, v katerih je bila izdana zgoraj navedena sodba Küçükdeveci, ker načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, ki je bilo predmet zadnjenavedene zadeve in ki je določeno v členu 21(1) Listine, *samo po sebi zadostuje za to, da se posameznikom podeli subjektivna pravica, na katero se kot tako lahko sklicujejo*“.<sup>64</sup> Nasprotno pa člen 27 Listine „[...] ne zadostuje za to, da se posameznikom podeli pravica, na katero se je mogoče sklicevati kot tako“.<sup>65</sup> Sodišče je tako dejansko presodilo, da je pravilo iz člena 3(1) Direktive 2002/14 preveč podrobno, da bi se štel, da je izraz ustreznih določb Listine.

### ***b) Pravni učinki v skladu z obstoječo sodno prakso***

125. Jasno je, da se je na podlagi sodbe Egenberger v okviru spora med posamezniki mogoče „opirati“ na člen 21(1) Listine v povezavi z Direktivo 2000/78 kot na orodje za skladno razlago ter še pomembneje kot na merilo za izpodbijanje veljavnosti prava EU in združljivosti nacionalnega prava (znotraj področja uporabe prava Unije). Posledično se lahko posamezniki nanj sklicujejo proti drugim posameznikom, da bi „preprečili“ uporabo nasprotujoče določbe nacionalnega prava ali da bi nacionalno sodišče „razveljavilo“, „ne uporabilo“ ali „opustilo uporabo“ take določbe.

126. S sodbo Egenberger je tako potrjena primarnost primarnega prava EU v obliki člena 21(1) Listine v posebnem okviru horizontalnega spora, v katerem je instrument sekundarnega prava direktiva in skladna razlaga ni mogoča.

127. Vendar v sodbi Egenberger niso podrobneje obravnavane nadaljnje posledice sklicevanja v takih primerih. Natančneje, v tej sodbi (niti v drugih sodbah, navedenih v prejšnjem oddelku) ni ničesar, kar potrjuje, da ima člen 21(1) Listine „neposreden horizontalni učinek“ v tem smislu, da lahko sam po sebi pomeni samostojen vir pravic, ki ustvarjajo povezane obveznosti za drugega posameznika v sporu na področju zasebnega prava. Niti ta sodba niti katera koli druga navedena sodna praksa ne pripelje do zaključka, da sklicevanje na člen 21(1) in ugotovitev nezdržljivosti nujno zahtevata neko pravno sredstvo.

128. Namesto tega je v sodni praksi znova poudarjena splošna formula, po kateri morajo nacionalna sodišča „varovati pravice, ki jih določbe prava Unije zagotavljajo posamezniku, in zagotavljati njihovo popolno učinkovitost“ (s tem, da ne uporabijo nezdržljivega nacionalnega prava),<sup>66</sup> ali pa je v njej navedeno, da mora nacionalno sodišče „zagotoviti spoštovanje načela prepovedi diskriminacije“<sup>67</sup> ali da posamezniku ni mogoče odreči ugodnosti razlage, ki nasprotuje sporni nacionalni ureditvi.<sup>68</sup>

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

63 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. marca 2002 o določitvi splošnega okvira za obveščanje in posvetovanje z delavci v Evropski skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 219).

64 Sodba z dne 15. januarja 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, točka 47). Moj poudarek.

65 Sodba z dne 15. januarja 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, točka 49).

66 Sodba z dne 19. aprila 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, točka 29 ali 35).

67 Sodbi z dne 19. januarja 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, točka 56), in z dne 19. aprila 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, točke od 35 do 37).

68 Sodba z dne 19. aprila 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, točka 41).

129. Če povzamem, je do zdaj jasno ugotovljeno, da lahko abstrakten nadzor nad združljivostjo glede na člen 21(1) Listine v povezavi z Direktivo 2000/78, kakor je izveden v odgovoru na prvo vprašanje, ki ga je predložilo predložitveno sodišče, privede do tega, da se nezdružljivo nacionalno pravo ne uporabi. To je posledica primarnosti prava Unije, ki se lahko pojavi tudi v okviru spora med zasebnimi strankami.

130. Iz razlogov, predstavljenih v naslednjem oddelku, Sodišču predlagam, da bi bilo razumno ohraniti ta pristop. Na izrecno vprašanje o *konkretnih praktičnih posledicah za stranke*, če se nacionalno pravo dejansko ne uporabi, predlagam, da se namesto na obravnavo neposrednega horizontalnega učinka določb Listine (2) raje osredotočimo na vprašanje pravnih sredstev (3).

## **2. „Neposredni horizontalni učinek“**

131. Ugotovitev, da ima člen 21(1) Listine neposreden horizontalni učinek, bi pomenila, da bi lahko posamezniki *neposredno na podlagi te določbe* dokazovali obstoj pravice *in povezane obveznosti* druge zasebne (nedržavne) stranke ne glede na obstoj in/ali sklicevanje na vsebino sekundarnega prava. V tem smislu je pravilo z neposrednim učinkom samo po sebi dovolj jasno, natančno in brezpogojno, da je iztožljivo v horizontalnem razmerju.

132. Težko razumem, da določba člena 21(1) Listine v okviru obravnavane zadeve izpolnjuje te zahteve (a), pa tudi, če smo že pri tem, številne določbe Listine na splošno (b). Vendar to spet ne nasprotuje določbam Listine, ki se dejansko uporabljajo in so zelo pomembne v primerih, kot je obravnavana zadeva, čeprav na drugačen način (c).

### **a) Neposredni horizontalni učinek člena 21(1) Listine**

133. Na neki ravni bi bilo zagotovo mogoče trditi, da je pravilo, ki prepoveduje diskriminacijo na podlagi vere, na tej stopnji abstrakcije dejansko dovolj jasno, natančno in brezpogojno. Brezpogojno in jasno ne sme biti nobene diskriminacije na podlagi vere.

134. Toda če ga obravnavamo na taki stopnji abstrakcije, potem bi lahko imela v bistvu vsaka določba prava Unije neposreden učinek. Iz tega razloga je tradicionalni preizkus neposrednega učinka drugačen: ali je vsebina določenega pravila dovolj jasna in natančna, da je lahko iztožljivo v zadevnem primeru?

135. Sama obravnavana zadeva je dober primer zapletenosti tega vprašanja ter razloga, zakaj ni nobenega „jasnega, natančnega in brezpogojnega“ pravila, ki bi postreglo z dogovorom. Ali bi to bila pravica (in obveznost odobritve) plačanega dela prostega dneva, ki izhaja iz člena 21(1) Listine? Ali bi bil ta dela prost dan na veliki petek ali na neki drug dan? Ali pa je mogoč le denarni zahtevek, in sicer v obliki pravice do dodatnega plačila ali nadomestila ali odškodnine za škodo (z ustrezno obveznostjo za delodajalca, da jih zagotovi)?

136. Po mojem mnenju kratkega besedila člena 21(1) Listine ni mogoče razlagati tako, da vsebuje odgovore na taka vprašanja. Vendar pa se bo nacionalni sodnik, „ki ne uporabi“ neskladne določbe nacionalnega prava, neizogibno srečal z njimi, kakor je to v tej zadevi.

137. Brez težav priznavam, da „jasno, natančno in brezpogojno“ ne pomeni, da je vsak vidik pravice v zakonodaji izrecno določen vnaprej. Tak scenarij preprosto ni realen. Toda tisto, kar je ostalo odprto, mora biti vsaj iztožljivo.<sup>69</sup> Po mojem mnenju že sama narava obravnavane pravice (dela prost dan na veliki petek, en nedoločen dan plačanega dela prostega dneva, nadomestilo, če zadevni dela prost dan ni izkoriščen) ni nekaj, kar je v tem smislu iztožljivo.

138. Še bolj bistveno je, da tu pri tem vprašanju po mojem mnenju ne gre za „neposredni horizontalni učinek“ Listine (v povezavi z direktivo). Ponavljam, na določeni stopnji abstrakcije morda obstaja „jasna, natančna in brezpogojna“ zahteva glede prepovedi diskriminacije iz člena 21(1) Listine, vendar pa ne obstaja „jasna, natančna in brezpogojna“ praktična zahteva, ki izhaja iz tega. Po mojem mnenju četrto vprašanje nacionalnega sodišča ne bi smelo biti obravnavano v smislu neposrednega horizontalnega učinka. Neposrednega horizontalnega učinka v smislu, kakor je opisan zgoraj – ki poraja posebne pravice (do denarja, do ugodnosti in tako dalje) in ustrezne obveznosti – sploh ni.

### **b) Neposredni horizontalni učinek Listine splošneje**

139. Poleg posebnih okoliščin obravnavane zadeve in uporabe tradicionalnega preizkusa „neposrednega učinka“ za člen 21(1) Listine pa obstajajo dodatni načelni argumenti, ki odgovarjajo na vprašanje, zakaj bi bil neposredni horizontalni učinek določb Listine problematičen.

140. Prvič, Listina v skladu z njenim členom 51(1), podobno kot direktive v skladu s členom 288 PDEU, preprosto ni namenjena posameznikom, temveč bolj državam članicam ter institucijam in organom EU. Trditi bi bilo mogoče, da ta (besedni) argument ni zelo močan, saj dejansko že obstajajo pomembni *horizontalni učinki* Listine, ki so bili podrobno navedeni zgoraj.<sup>70</sup> Seveda pa obstaja precejšnja kvalitativna razlika med navedbo, da bi se lahko listina pravic morda uporabila za nadzor nad združljivostjo in morebitno neuporabo nasprotujoče zakonodaje, pa tudi, da je ta listina lahko vir skladne razlage, ki se razširi tudi na horizontalna razmerja, po eni strani in tem, da postanejo določbe te listine pravic *vir neposrednih obveznosti* za zasebne stranke ne glede na neobstoje zakonskih določb in/ali ob neobstoju zakonskih določb, po drugi strani. Kolikor vem, bi prav zaradi tega listina pravic v številnih pravnih sistemih opravljala natanko ti dve funkciji, morda celo skupaj z določitvijo pozitivnih obveznosti, ki jih država mora prevzeti. Toda tudi če se na ta način razširjajo na zasebnopravna razmerja, temeljne pravice še vedno ne bi imele neposrednega horizontalnega učinka, kar je precej preiščeno.

141. Drugič, razlog za tako zadržanost zagotovo ni v pomanjkanju želje po učinkovitem varstvu temeljnih pravic. Je bolj potreba po predvidljivosti, pravni varnosti in – na ustavnopravni ravni – delitvi oblasti. Listine pravic so običajno dokaj abstraktne in zato nejasne, in taka je tudi Listina. Na splošno jim mora nadaljnja zakonodaja dati vsebino, na katero se je mogoče sklicevati pred sodiščem. Če samim določbam priznamo neposredni horizontalni učinek za pravice in obveznosti zasebnih posameznikov, s tem utremo pot skrajnim oblikam sodne ustvarjalnosti.<sup>71</sup>

69 S tem pa je omogočeno tudi, da imajo neposredni učinek pravila, oblikovana na precejšnji stopnji abstrakcije (kot je pravilo, da revizijski postopki, s katerimi se izpodbija zakonitost nekaterih odločb, izdanih v okviru direktive o presoji vplivov na okolje (Direktiva Sveta 85/337/EGS z dne 27. junija 1985 o presoji vplivov nekaterih javnih in zasebnih projektov na okolje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 15, zvezek 1, str. 248)), ne smejo biti tako nedopustno dragi), toda jasno omejena v njihovem obsegu in področju uporabe, pa tudi praktični rezultati, ki jih je treba doseči s strukturo instrumenta sekundarnega prava, katerega del so – glej moje nedavne sklepne predloge z dne 5. junija 2018 v zadevi Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, točke od 33 do 55).

70 Točke od 125 do 129 v prejšnjem oddelku teh sklepnih predlogov.

71 To je tudi razlog, da je leta 1929 Hans Kelsen, ki se pogosto navaja kot utemeljitelj sodobnega ustavnega sodstva, ki pa bi bil verjetno precej presenečen, če bi videl njegov sedanj obseg, želel izključiti neposredno uporabo „überpositiver Normen“, med katere je vključil tudi temeljne pravice in opozoril, da bi s tem vsako tako ustavno sodišče imelo dejanski monopol nad oblastjo znotraj državnih struktur – Kelsen, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5. Berlin und Leipzig, de Gruyter & Co., 1929, str. 69 in 70.

142. Tretjič, kjer je vsebina pravic in obveznosti, ki izhaja iz Listine, nejasna, bi lahko bilo morda mikavno odgovore iskati v ustrezni sekundarni zakonodaji. Pri presoji združljivosti nacionalnega prava z določbami Listine (načelo primarnosti) se Sodišče dejansko sklicuje na uporabo določb Listine ter splošnih načel „ob upoštevanju“ in „v povezavi“ s sekundarno zakonodajo.<sup>72</sup> Zdi se, da obstaja vse obsežnejša sodna praksa Sodišča, ki učinkovito prenese (pogosto dokaj sofisticirano) vsebino direktiv v določbe Listine, preden te določbe Listine uporabi horizontalno.<sup>73</sup>

143. Nedvomno je včasih upoštevanje sekundarne zakonodaje dejansko ključnega pomena, da se ugotovi, kaj bi lahko bila (sprejemljiva) vsebina pravice ali splošnega načela v določenem trenutku.<sup>74</sup> Seveda pa obstaja razlika med kritičnim primerjalnim pregledom (številnih) virov sekundarnega prava, da bi ugotovili, kakšen je morda splošen trend, ter dejansko nekritično in neposredno „transliteracijo“ vsebine direktive v določbo Listine.

144. Obstajajo številne ustavnopravne pa tudi praktične težave zadnjenavedenega pristopa.<sup>75</sup> Ali mora neposredni učinek določb Listine dejansko postati odvisen od tega, ali in katera sekundarna zakonodaja je bila sprejeta na zadevnem področju? Ali bo o (ne)obstoju neposrednega učinka Listine tako posredno odločala zakonodaja EU? Ali je treba Listino na ta način „dekonstitucionalizirati“? Namesto zagotovitve merila za pregled sekundarnega prava, ali bi ga moralo to določati in obvladovati? Če to ni tako ali seveda če *ni vselej tako*, potem se vprašanje glasi, kdaj bi ga moralo in kdaj ne?

145. In za konec, prav zaradi te težave s predvidljivostjo in pravno varnostjo, skupaj seveda z edinstvenim značajem izogibanja lastnim predhodno določenim omejitvam, pridem do končne točke: če bi to dejansko bil pristop Sodišča v prihodnosti, bi bilo morda priporočljivo ponovno obravnavati vprašanje neposrednega horizontalnega učinka direktiv. Vztrajati pri formalnem zanikanju neposrednega horizontalnega učinka direktiv, medtem pa premikati gore za zagotovitev, da ta omejitve nima nobenih praktičnih posledic, kot je prenašanje vsebine direktive v določbo Listine, se zdi vse bolj vprašljivo.

### ***c) Nobenega neposrednega horizontalnega učinka, toda še vedno (pomembni) učinki***

146. Neobstoj neposrednega *horizontalnega* učinka člena 21(1) (in ko smo že pri tem, drugih določb) Listine ne pomeni, da nimajo nobenih horizontalnih učinkov. Prav nasprotno. Toda ti učinki so drugačni. Ob upoštevanju nacionalnega prava se Listina uporablja: (i) kot razlagalno orodje za skladno razlago nacionalnega prava, (ii) kot merilo za združljivost s predpisi EU in nacionalnimi predpisi z morebitno posledico, da mora nacionalni sodnik nacionalne predpise (ki se uporabljajo v okoliščinah, ko država članica ukrepa na področju uporabe prava EU), če so nezdružljivi z Listino, razveljaviti, in sicer tudi v sporih med zasebnimi posamezniki. Vendar zadnjenavedena posledica izhaja iz primarnosti prava EU, tako da ne gre za neposredni horizontalni učinek določb Listine. Novih samostojnih obveznosti za zasebne stranke ni mogoče ustvariti *zgolj* na podlagi Listine.

72 Sodba z dne 17. aprila 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), obravnavana v tem okviru v točki 122 zgoraj. Glej tudi sodbo z dne 19. januarja 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), v zvezi z načelom prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, „ki ga konkretizira“ Direktiva 2000/78.

73 Nedavno na primer moj učeni kolega, generalni pravobranilec Y. Bot, ki je Sodišču predlagal, naj v člen 31(2) Listine prenese ustrezno vsebino Direktive 2003/88/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 381). Ta sklep je bil utemeljen s sklicevanjem na pojasnila k Listini, v skladu s katerimi člen 31(2) „temelji na Direktivi 93/104/ES“ (kodificirani z Direktivo 2003/88) – glej sklepne predloge državnega pravobranilca Y. Bota v združenih zadevah Bauer in Broßonn (C-569/16 in C-570/16, EU:C:2018:337, točka 86).

74 Kot primer tako podrobne in uravnotežene analize glej sodbo z dne 15. oktobra 2009, Audiolux in drugi (C-101/08, EU:C:2009:626).

75 Za podrobno razpravo o tej temi glej sklepne predloge generalne pravobranilke V. Trstenjak v zadevi Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

147. Seveda pa sama neuporaba nezdržljivega nacionalnega prava morda ne zagotavlja neposrednega varstva strankam. To je očitno tako v obravnavani zadevi. Neuporaba pomeni črtanje neskladnih določb nacionalnega prava. Razen če se do pojma „neuporaba“ zavzame precej edinstven, kaj šele zapleten in nevaren pristop (ki vključuje na primer selektivno črtanje določenih besed v neskladni določbi),<sup>76</sup> bi neuporaba ali razveljavitev neskladne določbe v obravnavani zadevi vključevala razveljavitev celotnega člena 7(3) zakona o počitku in dela prostih dnevih. To bi pomenilo, da od trenutka zadevne sodne razglasitve nezdržljivosti nihče ne bi imel dela prostega dne na veliki petek.

148. Drugačen pristop bi bil, da bi se upoštevalo, da obstaja pravica z neposrednim horizontalnim učinkom do varstva pred diskriminacijo ter da je ta pravica neločljivo povezana s pravico imeti enake pravice in ugodnosti kot privilegirana skupina (izenačitev navzgor) ali pa biti deležen enakega slabega ravnanja kot drugi verniki (izenačitev navzdol). To dejansko implicitno izhaja iz četrtega vprašanja nacionalnega sodišča. Vendar ob predpostavki, da je sprejeta rešitev izenačitve navzgor – k tej točki se bom vrnil v nadaljevanju – to še vedno ni odgovor na nobeno od zgornjih vprašanj v zvezi z naravo in področjem uporabe zadevnih pravic.

149. Menim, da bi bilo treba vprašanje razumeti bolj kot prošnjo za razjasnitev natančnih *pravnih sredstev*, ki morajo biti na voljo v zadevah, kot je obravnavana, v nasprotju s težko opredeljivim sklopom posebnih pravic (do dela prostih dni, nadomestil itd.). Ta pristop dejansko že izhaja iz sodne prakse v zadevah Mangold, Kükükdeveci, DI in Egenberger, v katerih sta bila vselej potrjena neuporaba neskladne nacionalne določbe in obstoj pravice do učinkovitega pravnega sredstva (in ne „neposrednega horizontalnega učinka“ Listine). Vendar osredotočenje obravnavane zadeve na praktične posledice neuporabe pomeni, da mora Sodišče pojasniti navedeno razliko. To vprašanje bom obravnaval zdaj.

### 3. Pravna sredstva

150. S členom 21(1) Listine se ne ustvarja poseben sklop ustreznih pravic/obveznosti za delodajalca in delavca. Kljub temu morajo zlasti nacionalna sodišča zagotoviti pravno varstvo, ki za zadevne osebe izhaja iz določb prava Unije, in polni učinek teh določb.<sup>77</sup> *Pravno sredstvo zoper diskriminacijo mora biti na voljo* v skladu z načelom učinkovitega sodnega varstva.<sup>78</sup>

151. Ker na tem področju ni predpisov EU, mora nacionalni pravni red vsake države članice določiti pristojna sodišča ter podrobneje urediti postopkovna pravila glede pravnih sredstev za varstvo pravic, ki za posameznike izhajajo iz prava EU. Vendar so države članice odgovorne za to, da v vsakem primeru zagotovijo učinkovito varstvo teh pravic<sup>79</sup> ter da pri tem spoštujejo načela enakovrednosti in učinkovitosti.<sup>80</sup>

76 Člen 7(3) zakona o počitku in dela prostih dnevih zdaj določa: „Za pripadnike Evangeličanskih cerkva Augsburgske in Helvetske veroizpovedi, Starokatoliške cerkve ter Evangeličansko-metodistične cerkve je tudi veliki petek dela prost dan.“ Če „neuporabo“ premaknemo na raven posameznih besed te določbe, bi to na primer lahko pomenilo, da bi se črtal predmet stavka, to je navedba pripadnikov štirih cerkva (kar bi pomenilo, da bi bil na veliki petek vsak upravičen do dela prostega dneva ali nadomestila), ali pa bi se črtali navedbi pripadnikov štirih cerkva in velikega petka (kar bi pomenilo, da bi obstajal dela prost dan na nedoločen datum – kar v praksi predlaga Komisija). Toda morda bi bilo vseeno treba ohraniti razliko med razveljavitvijo neskladnega nacionalnega zakona in sodno igro premetank, ki omogoča oblikovanje kakršnega koli pravila zgolj z novim kombiniranjem izbranih besed, iztrganih iz obstoječe zakonodaje.

77 Glej sodbo z dne 5. oktobra 2004, Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, točka 111). Glej tudi sodbo z dne 15. aprila 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, točka 42).

78 Sodba z dne 13. marca 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, točka 37 in navedena sodna praksa).

79 Glej zlasti sodbe z dne 9. julija 1985, Bozzetti (179/84, EU:C:1985:306, točka 17); z dne 18. januarja 1996, SEIM (C-446/93, EU:C:1996:10, točka 32), in z dne 17. septembra 1997, Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, točka 40).

80 Glej zlasti sodbe z dne 16. decembra 1976, Rewe-Zentralfinanz in Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, točka 5); z dne 16. decembra 1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, točke od 13 do 16); z dne 14. decembra 1995, Peterbroeck (C-312/93, EU:C:1995:437, točka 12); z dne 13. marca 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, točka 43), ter z dne 7. junija 2007, van der Weerd in drugi (od C-222/05 do C-225/05, EU:C:2007:318, točka 28).



152. Sodišče lahko kljub temu zagotovi smernice glede tega, kaj pomeni pravica do učinkovitega pravnega sredstva v zadevi, kot je obravnavana. Sodišče lahko predložitvenemu sodišču pomaga pri dveh vprašanjih. Prvič, (a) ali pravno sredstvo pomeni izenačitev navzgor ali navzdol in, drugič, (b) zoper koga je treba uveljavljati to pravno sredstvo.

153. Menim, da se s pravom Unije v zadevah, kot je obravnavana, v katerih gre za spor med zasebnimi strankami in v katerih je vir diskriminacije nacionalna zakonodaja, diskriminacija pa je ugotovljena na podlagi člena 21(1) Listine (z abstraktnim nadzorom kot pri prvem vprašanju v povezavi z Direktivo 2000/78), ne zahteva, naj se pravno sredstvo zagotovi zoper *delodajalca*. Vendar pa se s pravom Unije zahteva, da lahko žrtev vложи odškodninsko tožbo zoper *državo* za odpravo kršitve.

154. Preden se teh točk lotim podrobneje, bom obravnaval vprašanje „izenačitve navzgor“ in „izenačitve navzdol“.

#### *a) Izenačitev navzgor in izenačitev navzdol*

155. V četrtem vprašanju nacionalnega sodišča sta zajeti dve rešitvi problema diskriminacije v obravnavani zadevi: izenačitev navzgor in izenačitev navzdol.

156. Rad bi pojasnil, da po mojem razumevanju vprašanje predložitvenega sodišča zadeva le „vmesno obdobje“, to je čas po razglasitvi nezdržljivosti, preden nacionalna zakonodaja zagotovi novo ureditev. Za to obdobje je vprašanje izenačitve navzgor ali navzdol dejansko odprto.

157. Nasprotno pa se isto vprašanje v resnici ne poraja za nazaj, to je za minula leta, v katerih je bilo nadomestilo priznано le izbrani skupini, ne pa tudi drugim, in ta časovna obdobja še niso zastarala v skladu s pravili nacionalnega prava. Za ta obdobja je edini način za odpravo pretekle diskriminacije v praktičnem smislu dejansko zgolj „izenačitev navzgor“. Privilegirani skupini ni mogoče retroaktivno odvzeti njenih ugodnosti zaradi legitimnih pričakovanj oziroma že pridobljenih pravic. Tako je edini pravi način za odpravo diskriminacije v navedenem obdobju priznanje enake ugodnosti vsem (vendar ob upoštevanju vprašanja, obravnavanega v naslednjem oddelku, glede tega, od koga je mogoče zahtevati plačilo in zakaj).

158. Če se zdaj osredotočim le na vmesno obdobje, je Komisija tudi glede tega obdobja predlagala, da bi bil primeren odgovor izenačitev navzgor. V podporo temu argumentu sta tako tožeča stranka kot tudi Komisija navedli sodno prakso, med drugim iz sodb Milkova, Specht in Landtová.<sup>81</sup>

159. Dejansko drži, da je Sodišče v teh zadevah na splošno ugotovilo, da „je spoštovanje načela enakosti, kadar je ugotovljena kršitev načela prepovedi diskriminacije, ki je v nasprotju s pravom Unije, in *dokler niso sprejeti ukrepi za ponovno vzpostavitev enakega obravnavanja*, mogoče zagotoviti le tako, da se manj ugodno obravnavanim osebam priznajo enake ugodnosti, kot so tiste, do katerih so upravičene osebe iz privilegirane skupine, pri čemer ta ureditev ob nepravilni uporabi prava Unije ostaja edini veljavni upošteveni sistem“.<sup>82</sup>

160. To pomeni, da kadar se nacionalno sodišče srečuje z diskriminacijo, ki izvira iz zakonodaje, je neizogibna posledica razveljavitve neskladne določbe nacionalnega prava dejansko „izenačitev navzgor“, dokler ni sprejeta nediskriminatorna zakonodaja (ki lahko morebiti pomeni izenačitev navzdol).<sup>83</sup>

81 Sodbe z dne 22. junija 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415); z dne 19. junija 2014, Specht in drugi (od C-501/12 do C-506/12, C-540/12 in C-541/12, EU:C:2014:2005), ter z dne 9. marca 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

82 Sodbe z dne 22. junija 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415, točka 51); z dne 19. junija 2014, Specht in drugi (od C-501/12 do C-506/12, C-540/12 in C-541/12, EU:C:2014:2005, točka 95), ter z dne 9. marca 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, točka 67). Moj poudarek.

83 Glej sodbo z dne 9. februarja 1999, Seymour-Smith in Perez (C-167/97, EU:C:1999:60).

161. V zvezi s tem navajam naslednje preudarke.

162. Prvič, primarnost, vključno s primarnostjo Listine, zahteva, da se določba nacionalnega prava, ki ni združljiva s pravom Unije, razveljavi. To pomeni, da naj bi neskladna določba v bistvu izginila iz nacionalnega pravnega reda v okoliščinah, v katerih nasprotuje pravu Unije. Zato je logično, da tistega, kar je izginilo, ni mogoče pozneje uporabiti za nikogar. Toda po nekakšnem čudežu ista določba, ki je bila odstranjena, ko se je uporabljala za nekatere, nemudoma oživi, da bi se uporabljala za vse. To protislovje, ki ga vključuje rešitev z izenačitvijo navzgor, je treba priznati, preden ga je mogoče obravnavati.

163. Drugič, splošen predlog, da postane izenačitev navzgor vmesna standardna rešitev (v nasprotju s pravico, ki ima neposreden horizontalni učinek), se zdi boljša možnost, zlasti z vidika legitimnih pričakovanj favorizirane skupine. Vendar pa je težava spet v podrobnostih (ali vsaj v praktični uporabi). Zapletenejše zadeve vključujejo nepremoženjske koristi. V obravnavani zadevi je Komisija v svojih pisnih stališčih trdila, da bi lahko bil člen 7(3) zakona o počitku in dela prostih dnevih diskriminatoren, ker je veliki petek dela prost dan za nekatere verske skupine, za druge pa ne. Toda rešitev, ki jo je predlagala Komisija, ni, da se veliki petek kot državni praznik razširi na vse. Pač pa je Komisija predlagala sodno preoblikovanje določbe, tako da se razširi ugodnost plačane odsotnosti z dela za praznovanje „posebno pomembnega“ verskega dogodka, ki ga določi delavec. „Izenačitev navzgor“ dobro zveni (vsaj v angleščini), toda prikriva morebitno precejšnjo zapletenost, celo samovoljnost pri praktični uporabi, podobno tisti, na katero smo že naleteli pri vprašanju neposrednega horizontalnega učinka.

164. Tretjič, obstaja več sodb Sodišča, v katerih je bila izražena različica načela „izenačitve navzgor“. Toda vsaka od teh zadev ima drugačne značilnosti. Dve sta še posebno pomembni, in sicer *vir diskriminacije* in *istovetnost tožene stranke*.

165. V zvezi s tem opozarjam, da je bilo v vseh zadevah, ki so jih stranke navedle v podporo rešitvi z izenačitvijo navzgor,<sup>84</sup> vir diskriminacije nacionalno pravo, *tožena stranka pa je bila država* (in spor o denarju).<sup>85</sup> To je po mojem mnenju najpreprostejša mogoča kombinacija (in dejansko najpogostejša sodna praksa Sodišča).<sup>86</sup> Na koncu mora država članica poravnati račun za zakonodajno diskriminacijo. To jasno izhaja iz zadeve Francovich in poznejših zadev. Odgovornost države mora načeloma zagotavljati varnostno mrežo.

166. Obstajajo tudi zadeve, v katerih se je Sodišče sklicevalo na načelo izenačitve navzgor v okviru pravnega spora med zasebnimi strankami. Vendar se je to nanašalo na omejeno število zadev, povezanih z diskriminacijo v zvezi s pokojninami<sup>87</sup> ali plačami<sup>88</sup>, ki jo je na splošno mogoče pripisati *delodajalcu* (in ne izhaja iz zakonodaje). V okviru zasebnih sporov, ki vključujejo domnevno diskriminacijo, se je Sodišče, namesto da bi kot splošno rešitev predlagalo izenačitev navzgor, raje osredotočilo na splošno zahtevo, naj se zagotovijo učinkovita pravna sredstva in sankcije.<sup>89</sup>

84 Zgornja opomba 81.

85 Nadomestljiva ugodnost *par excellence*, ki je drugačna na primer od pravice do dela prostega dneva ali pravice do zaposlitve.

86 Druge sodbe, v katerih se ponovi „pristop“ načela izenačitve navzgor iz zadev „Landtová, Specht, Milkova“, tudi vključujejo državo kot toženo stranko – glej sodbe z dne 12. decembra 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, točka 42); z dne 21. junija 2007, Jonkman (od C-231/06 do C-233/06, EU:C:2007:373, točka 39); z dne 28. januarja 2015, Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38, točka 46), in z dne 14. marca 2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, točka 30). Glej tudi ožji pristop, na primer s sklicevanjem na diskriminacijo pri plačilu, v sodbah z dne 7. februarja 1991, Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, točka 18), in z dne 17. aprila 1997, Evrenopoulos (C-147/95, EU:C:1997:201, točka 42). Pogosta je tudi diskriminacija, ki izhaja iz kolektivnih pogodb in je dejansko izenačena z zakonodajno diskriminacijo, Sodišče pa uporablja bolj odprto različico načela izenačitve navzgor – glej na primer sodbo z dne 20. marca 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, točka 72).

87 Glej sodbe z dne 28. septembra 1994, van den Akker (C-28/93, EU:C:1994:351); z dne 28. septembra 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348), in z dne 28. septembra 1994, Avdel Systems (C-408/92, EU:C:1994:349), ki so formalno gledano prav tako zadevale nedržavne pokojninske sisteme, vendar je šlo za pokojnino „iz zasebnega pokojninskega načrta“ v smislu, da so prispevki vanj nadomeščali prispevke v državni pokojninski sistem.

88 Sodba z dne 8. aprila 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56).

89 Sodbi z dne 10. aprila 1984, Harz (79/83, EU:C:1984:155), in z dne 8. novembra 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383).

167. Četrtrič, ker ni posebnih dodatnih razlogov, kot sta človekovo dostojanstvo ali legitimna pričakovanja, ki bi preprečevali izenačitev navzdol za vmesno obdobje v okviru posamezne zadeve, ne vidim nobenega načelnega argumenta, zakaj bi bila sistematično in v vseh primerih diskriminacije izenačitev navzdol kot taka izključena. To še toliko bolj velja v zadevah, v katerih se ugodnost, odobrena favorizirani skupini, ne ponavlja ali se ponavlja brez vzpostavitve razmerja odvisnosti (kot denimo v primeru ponavljajočih se socialnovarstvenih dajatev).

168. Če se vrnem k obravnavani zadevi, kaj bi bil posebni (dodatni) razlog za učinkovito zavrnitev predloga, da je treba sporno določbo „razveljaviti“, in za njegovo nadomestitev s predlogom, da je treba njeno osebno področje uporabe razširiti za 50-krat?<sup>90</sup>

169. Plemenitost zatrjevanja, da bi morali biti vsi na boljšem, morda prinaša osebno zadovoljstvo, vendar pa je pravno komajda ustrezna tudi brez upoštevanja ekonomske vzdržnosti.<sup>91</sup> Rad bi poudaril, da ekonomski argumenti seveda niso opravičilo za diskriminacijo. Toda to samo po sebi ne upravičuje izenačitve navzgor.

170. Tudi varstvo svobode veroizpovedi pripadnikov štirih cerkva je nezadostno. V zvezi s tem opozarjam, da člen 8 zakona o počitku in dela prostih dnevih delodajalcem nalaga dolžnost skrbnosti, s katero se od njih dejansko zahteva, da razumno upoštevajo potrebe svojih delavcev po bogoslužju. Če to zadostuje drugim manjšinskim veroizpovedim v Avstriji za njihove posebne verske praznike, čemu ne bi zadostovalo pripadnikom štirih cerkva? Nasprotno pa ni jasno, kako bi lahko „izenačitev navzgor“, morda tako, da bi se vsem avstrijskim delavcem na veliki petek plačalo dvojno ali bi se jim odobrilo dela prost dan, kakor koli spodbujala svobodo veroizpovedi.

171. Ob upoštevanju navedenega menim, da v obravnavani zadevi predložitvenemu sodišču ni mogoče odgovoriti zgolj s pritrditvijo, da je „izenačitev navzgor“ edina prava smer, ki jo velja ubrati. Ta pristop je Sodišče zavzelo v okviru tožb zoper državo predvsem v zvezi s socialnovarstvenimi dajatvami in ga ni mogoče na splošno prenesti na horizontalne spore. Poleg tega bi bil v danih okoliščinah tak odgovor preveč poenostavljen, saj bi prikrival določeno zapletenost, ki je v praksi zelo pomembna. Namesto tega menim, da bi morala biti referenčna točka v tej zadevi sodna praksa Sodišča o učinkovitih pravnih sredstvih.

### ***b) Učinkovita pravna sredstva (in določitev tožene stranke)***

172. Čeprav člen 21(1) Listine nima neposrednega horizontalnega učinka, je treba problematično nacionalno določbo razveljaviti (prvo vprašanje). Vprašanje izenačitve navzgor ali navzdol je bilo obravnavano zgoraj. V tem zaključnem delu se bom posvetil vprašanju, proti komu je treba vložiti pravno sredstvo. V bistvu obstajata dve možnosti: (i) delodajalec (ki lahko nato toži državo) ali (ii) država (ki bi jo moral neposredno tožiti delavec). Po mojem mnenju je pravilen odgovor zadnji: država.

#### *i) Pravna sredstva zoper delodajalca*

173. Ali pravica do učinkovitega pravnega sredstva v zadevah, kot je obravnavana, v katerih je tožeča stranka žrtev diskriminatorne nacionalne zakonodaje, ki jo uporablja delodajalec, zahteva, da mora imeti delavec pravno sredstvo zoper takega delodajalca?

<sup>90</sup> Opozarjam, da je Komisija v svojih ustnih stališčih zagovarjala razširitev velikega petka kot plačanega dela prostega dneva/nadomestila, ki ga uživajo pripadniki štirih cerkva (približno 2 % prebivalstva), na celotno avstrijsko delovno silo, in da se stori enako za židovski dan sprave jom kipur.

<sup>91</sup> Na obravnavi je bil strošek razširitve nadomestila za veliki petek na vse zaposlene ocenjen na 600 milijonov EUR na leto (domnevno bi bil znesek za jom kipur enak).

174. Generalni pravobranilec P. Cruz Villalón je v sklepnih predlogih v zadevi AMS dal izrecno prednost tej možnosti. Menil je, da je „razumljivo, da breme odškodninske tožbe nosi tisti, ki je imel korist od nezakonitega ravnanja, ne pa imetnik pravice, ki je nastala pri konkretizaciji vsebine „načela“.“<sup>92</sup> Odgovorni delodajalec bi lahko nato tožil državo.

175. Če se ne motim, Sodišče tega vidika nikoli ni obravnavalo neposredno. Vendar bi bilo mogoče sodbo v zadevi DI razumeti tudi, kot da nalaga tako obveznost.<sup>93</sup>

176. Tak pristop bi bil lahko dejansko upravičen z učinkovitostjo (varstva delavca). Za delavca je lahko ceneje in hitreje (in manj zastrašujoče) tožiti delodajalca kot pa državo. V moralnem smislu je delavec oškodovan zaradi diskriminatornega prava in si zasluži varstvo. Kakor je opozoril učeni generalni pravobranilec P. Cruz Villalón, delodajalec zaradi diskriminacije verjetno pridobi nezakonito korist, ki jo je treba izničiti. Na splošno je delodajalec verjetno v položaju relativne moči.

177. Tako se argumenti, ki govorijo v prid trditvi, da mora pri diskriminaciji na delovnem mestu vselej obstajati neposredno pravno sredstvo zoper delodajalca, v bistvu navadno vrtijo okoli treh elementov: *vira*, *krivde* in *koristi*, morebiti v povezavi z argumentom *moči* in (s tem neločljivo povezane) *neenakosti*.

178. Na splošno ti argumenti zagotovo veljajo za določeno vrsto diskriminacije: tako, ki jo je mogoče vsaj delno pripisati določenemu delodajalcu. Vendar pa v zadevi, kot je obravnavana, trčijo ob vrsto logičnih težav, kadar gre za spor med zasebnimi strankami o domnevni diskriminaciji na podlagi vere, ki izvira neposredno iz nacionalne zakonodaje.

179. Prvič, *vir* kršitve v obravnavni zadevi je nacionalna zakonodaja. Delodajalec ni imel prave diskrecijske pravice niti se ni samostojno odločal. Zgolj uporabil je zavezujočo nacionalno zakonodajo. Tak položaj se precej razlikuje od položajev, v katerih je Sodišče zahtevalo zagotovitev pravnega sredstva zoper delodajalca in v katerih so bile vir diskriminacije tudi lastne odločitve delodajalca.<sup>94</sup>

180. To je povezano z, drugič, elementom *krivde*. Kaj je bila krivda, zaradi katere bi moral delodajalec plačati? Uporaba veljavnega nacionalnega prava? Sodišče je v zadevah, v katerih je obravnavalo domnevno diskriminacijo, ki so jo povzročili delodajalci in s katero se krši pravo Unije, pogosto navedlo, da mora biti sankcija, naložena za kršitev, učinkovita, sorazmerna in *odvračilna*.<sup>95</sup> Razen če se od delodajalcev ne pričakuje, da bodo delovali kot ustanovnopравни policisti s pozitivno nalogo ugotavljanja in dejavnega izpodbijanja nacionalnega prava, za katero menijo, da bi utegnilo biti v nasprotju z Listino, ta logika odvracanja izgine. Ali pa je krivda na strani delodajalca, ker ni izpodbijal združljivosti nacionalne zakonodaje s členom 21(1) Listine in Direktivo 2000/78? Naj bi tako v praktičnem smislu delodajalec moral predvideti, kaj se bo zgodilo po končni odločitvi v nekaj let trajajočem postopku ob vključitvi vrhovnega sodišča države članice, velikega senata Sodišča EU ter številnih drugih izkušenih odvetnikov in sodnikov, ki so prispevali na številnih različnih stopnjah?

92 Sklepni predlogi v zadevi Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, točka 79).

93 Sodba z dne 19. aprila 2016 (C-441/14EU:C:2016:278, točka 42).

94 Na primer, v sodbi z dne 8. novembra 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383) je bila prošnja za zaposlitev tožeče stranke zavrnjena, ker je bila v tretjem mesecu nosečnosti. Njeno „veselo pričakovanje“ je bilo po nacionalnem pravu kljub vsemu opredeljeno kot „bolezen“. Ker je bil njen bodoči delodajalec v celoti seznanjen z njeno „boleznijo“, bi moral, če bi jo zaposlil, financirati njen porodniški dopust brez pomoči države, česar pa ni želel storiti. Tako je nacionalna zakonodaja vsebovala (precejšnje) finančne odvračilne dejavnike za zaposlovanje nosečnic. Vendar pa je bilo tudi jasno, da je o tem, kako in ali bo uporabil diskriminatorno nacionalno zakonodajo v posamezni zadevi, na koncu odločil delodajalec.

95 Sodba z dne 10. aprila 1984, von Colson in Kamann (14/83, EU:C:1984:153). Sodišče je v zadevah, v katerih je razsodilo, da mora v skladu s pravom Unije v nacionalni zakonodaji obstajati institut odškodninske tožbe zoper zasebne stranke zaradi kršitve prava Unije, vztrajalo pri odškodninskih in *odvračilnih* ciljih takega pravnega sredstva. Glej sodbo z dne 20. septembra 2001, Courage in Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, točka 27).

181. Tretjič, prav tako ne razumem, kakšno korist bi imel delodajalec od obveznosti dvojnega plačila nekaterim delavcem ali celo od obveznosti, da jim na veliki petek odobri plačan dopust. Razen če se ob zelo vprašljivem razumevanju dejstvo, da preostalih 98 % delavcev ne prejme enakega plačila, šteje za nezakonito „korist“, ki so jo neupravičeno pridobili delodajalci, ne vidim drugega kot obveznosti, naložene delodajalcu.

182. Četrtrič, obstaja argument relativne *šibkosti*. V nasprotju s preostalimi tremi ima ta argument vsaj nekaj teže. Lahko bi se celo štelo, da ima prednost pred drugimi preudarki: zaradi neenakosti, ki je neločljiva sestavina delovnega razmerja, bi moral delodajalec vedno in ne glede na okoliščine nositi breme plačila.

183. Ta argument skriva globoko *ideološko* izbiro pri razporejanju tveganj in stroškov.<sup>96</sup> Poleg tega je morda varno domnevati, da niso vsi delodajalci v Avstriji ali drugod v Evropski uniji pregovorno brezosebne večnacionalne korporacije. Veliko podjetij vodijo posamezniki ali majhno število ljudi. Čemu bi morali nositi stroške uporabe pomanjkljive nacionalne zakonodaje?

184. Zagotovo pa drži, da taka vprašanja postanejo nepomembna, če bi se v bistvu od delodajalca zahtevalo, da plača, samo zato, ker je delodajalec. Ta argument je samoumeven, a tudi tak, ki mu po mojem mnenju ni treba brezpogojno slediti.

185. Ob upoštevanju vseh zgornjih razlogov menim, da se s pravom Unije *ne zahteva* obstoj pravnega sredstva zoper delodajalca v zadevah, kot je obravnavana, v katerih je delodajalec ravnal v skladu z nacionalnim pravom, vendar se za to nacionalno pravo šteje, da je v nasprotju s členom 21(1) Listine (v povezavi z Direktivo 2000/78). Naj pojasnim, da ta ugotovitev velja za spore med *zasebnimi* strankami, in ne v zadevah, v katerih je tožena stranka država (v vlogi delodajalca). Vendar pravo Unije *izključuje* pravnega sredstva tudi zoper *zasebne* delodajalce v zadevah, v katerih bi bilo tako pravno sredstvo na voljo po nacionalnem pravu.

#### ii) Odškodninska tožba zoper državo

186. Obstaja razlika, priznana v sodni praksi Sodišča, med diskriminacijo, ki izvira iz *zakonodaje* (kakor v postopku v glavni stvari), in diskriminacijo, ki jo povzroči *delodajalec*.<sup>97</sup> Če se zgledujemo po prepričljivih argumentih Komisije v zadevi Dekker:<sup>98</sup> „V teh okoliščinah se je razumno vprašati, ali je mogoče od delodajalca upravičeno pričakovati, da bo bodisi prezrl vso diskriminatorno nacionalno zakonodajo bodisi jo bo izpodbijal pred sodišči zaradi nezdružljivosti z Direktivo ali zakonom o enakem obravnavanju [v zadevi Dekker] moških in žensk. Izid takega postopka pa bi bil precej negotov; v vsakem primeru bi bila tovrstna zahteva enaka nalaganju obveznosti delodajalcu, ki bi jo morala nositi država.“

187. Obstajajo nadaljnji razlogi, zakaj bi bilo neprimerno, da bi se s pravom Unije v takih okoliščinah zahtevalo pravno sredstvo zoper zasebnega delodajalca, in zakaj bi morale učinkovito sodno varstvo v praksi imeti obliko odškodninske tožbe zoper državo. Večina od teh razlogov odraža argumente, ki so bili že obravnavani v predhodnem oddelku.

188. Prvič, obstaja preprost moralni argument, ki je bil obravnavan že pod naslovoma vir in krivda v prejšnjem delu. Glavni akter, odgovoren za diskriminacijo, je država. Če bi vse ostalo enako, ni jasno, zakaj bi morali stroške za to krivdo nositi najprej delodajalci.

<sup>96</sup> Ne gre domnevati, da bo kateri koli delodajalec, vsi ali celo večina od njih vložila uspešen odškodninski zahtevek zoper državo. Tako je pošteno priznati, da izbira tega, kdo naj bo tožena stranka v zadevi, kot je obravnavana, v resnici pomeni odločitev o tem, kdo bo nosil stroške.

<sup>97</sup> Glej točke od 50 do 52 zgoraj.

<sup>98</sup> Kot je povzeto v poročilu za obravnavo. Glej Ward, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford, 2007, str. 57.

189. Moralni argument je skladen s strukturnim argumentom. Če se na podlagi načela primarnosti in abstraktnega nadzora združljivosti neskladna nacionalna določba razveljavi, je treba krivdo in iz nje izhajajočo zakonodajno vrzel pripisati državi članici.

190. Drugič, pripisovanje odgovornosti najprej posameznim delodajalcem zanje nima odvrčilnega učinka<sup>99</sup> in lahko celo zmanjša odvrčilni učinek v razmerju do dejansko odgovorne stranke: države. Pritisk zakonodajne spremembe mora nositi država.

191. Tretjič, če lahko delavci dobijo zadoščenje tako, da zoper delodajalca vložijo tožbo zaradi uporabe prava, in če lahko delodajalci nato tožijo državo, pride do podvajanja pravnega spora. S tem, da oškodovana stranka vloži pravno sredstvo neposredno zoper stranko, ki je kriva, in ne zoper posrednika, ki ni kriv, se izognemo enemu krogu pravnega spora.

192. Četrto, v okviru zasebnega spora, v katerem skladna razlaga direktive ni mogoča, je Sodišče dosledno zavračalo možnost posameznika, da se sklicuje na direktivo zoper drugega posameznika. Pravno sredstvo mora obstajati, vendar v obliki odškodninske tožbe zoper državo.<sup>100</sup> Ni jasno, zakaj naj načeloma to ne bi več veljalo ob hkratnem sklicevanju na določbe Listine. Tako bi morala biti pri sklicevanju na vire prava Unije, ki nimajo neposrednega horizontalnega učinka, struktura pravnih sredstev za (horizontalna) zasebna pravna razmerja ustaljena.

193. Petič in zadnjič, obstaja še en element splošne ustaljenosti, ki govori v prid pristopu k pravnim sredstvom, ki ga zagovarjam tu. Ta se ponovno nanaša na okvir primerjave. Predlagal sem, da se v zadevah abstraktnega nadzora združljivosti uporabi okvir primerjave skupin.<sup>101</sup> To je povsem v skladu z dejstvom, da je vir razlikovanja nacionalna zakonodaja, ne pa kakršna koli odločitev delodajalca. Iz tega razloga istovetnost drugih delavcev delodajalca (Cresco Investigation) ni bila ključnega pomena, kot tudi ni bilo pomembno, ali je bila tožeča stranka v primerjavi z njimi različno obravnavana.

194. Toda navedeno vprašanje bi postalo dokaj pomembno, pri čemer bi se v celoti znova odprla razprava o primerljivosti, če bi se od tožeče stranke zahtevalo, naj zoper delodajalca vloži tožbeni zahtevek zaradi diskriminacije.<sup>102</sup> Ob domnevi, da posamezni delodajalec med zaposlenimi nima pripadnikov štirih cerkva,<sup>103</sup> bi bil seveda logični odgovor na tožbo ta, da ni nikogar diskriminiral, saj je vse delavce obravnaval popolnoma enako. Kako bi bil lahko potemtakem tak delodajalec odgovoren za diskriminacijo, ki je nikakor ni mogel storiti?

195. Zadnji dve točki ponovno poudarjata potrebo po logični doslednosti katerega koli pristopa, ki ga bo Sodišče morebiti zavzelo, in sicer na dveh ravneh: prvič, v okviru obravnavane zadeve (vrsta nadzora je povezana z okvirom primerljivosti, ta pa vpliva na pravna sredstva) in, drugič, horizontalno v smislu pravnih sredstev, ki so na voljo zoper kršitve določenih virov prava Unije.

196. Iz razlogov, navedenih v predhodnih oddelkih, menim, da se lahko posamezniki za razveljavitev nezdružljivih določb nacionalnega prava sklicujejo na člen 21(1) Listine (v povezavi s členom 2(2)(a) Direktive 2000/78). Vendar pa se s pravom Unije ne zahteva, da morajo stroške, ki nastanejo, ker država ni zagotovila skladnosti nacionalnega prava z Listino, najprej nositi *zasebni* delodajalci, ki uporabljajo to nacionalno pravo.

99 Točka 180 zgoraj.

100 Sodbi z dne 19. novembra 1991, Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428, točka 45), ter z dne 15. januarja 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, točka 50).

101 Točke od 45 do 54 zgoraj.

102 Sumim, da je ta dejavnik delno botroval zmedbi pri vprašanju primerljivosti (točke od 46 do 48 zgoraj).

103 Kar se statistično zdi precej verjetno ne le za družbo Cresco Investigation, temveč tudi za številne druge avstrijske delodajalce. Potrjeno je bilo, da pripadniki štirih cerkva pomenijo približno 2 % avstrijske delovne sile.

#### 4. Predlog glede četrtega vprašanja

197. Glede na zgoraj navedeno predlagam, naj se na četrto vprašanje predložitvenega sodišča odgovori:

V okoliščinah, kot so te v obravnavani zadevi, ki vključuje postopke med zasebnima strankama:

- je treba uporabo določb nacionalnega prava, za katere je bilo ugotovljeno, da niso skladne s členom 21(1) Listine v povezavi s členom 1, členom 2(2)(a) in členom 7(1) Direktive 2000/78, opustiti, dokler zakonodajalec ne vzpostavi nediskriminatornega pravnega položaja;
- člen 21(1) Listine v povezavi s členom 1, členom 2(2)(a) in členom 7(1) Direktive 2000/78 sam po sebi ne more nalagati obveznosti delodajalcu;
- se stranka, ki je oškodovana zaradi take uporabe nacionalnega prava, lahko kljub temu sklicuje na sodno prakso v sodbi z dne 19. novembra 1991, Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428), za povrnitev morebitne utrpele škode, če je to primerno.

#### V. Predlog

198. Zato predlagam, naj Sodišče na vprašanja, ki jih je predložilo Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče, Avstrija), odgovori:

1. Člen 21(1) Listine o temeljnih pravicah Evropske unije v povezavi s členom 1 in členom 2(2)(a) Direktive Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu je treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, ki določa veliki petek kot dela prost dan s pravico do 24-urnega neprekinjenega počitka samo za pripadnike Evangeličanskih cerkva Augsburgske in Helvetske veroizpovedi, Starokatoliške cerkve in Evangeličansko-metodistične cerkve ter ki delavcu, pripadniku ene od teh cerkva, ki dela na dela prost dan, priznava poleg pravice do plačila za delo, ki ga ni treba opraviti zaradi dela prostega dneva, tudi pravico do nadomestila za opravljeno delo, ne da bi to pravico priznala tudi drugim delavcem, ki niso pripadniki teh cerkva.
2. V okoliščinah, kot so te v obravnavani zadevi, nacionalna zakonodaja, ki določa dodelitev takega nadomestila, kakršno je omenjeno v prvem vprašanju, le pripadnikom nekaterih cerkva, ki delajo na veliki petek, ne pomeni ukrepa, s katerim je treba v demokratični družbi zagotoviti varstvo pravic in svoboščin drugih v smislu Direktive 2000/78.
3. Nacionalna zakonodaja, ki določa dodelitev takega nadomestila, kakršno je omenjeno v prvem vprašanju, ne pomeni pozitivnega ukrepa v smislu člena 7(1) Direktive 2000/78.
4. V okoliščinah, kot so te v obravnavani zadevi, ki vključuje postopke med zasebnima strankama:
  - je treba uporabo določb nacionalnega prava, za katere je bilo ugotovljeno, da niso skladne s členom 21(1) Listine (o temeljnih pravicah), v povezavi s členom 1, členom 2(2)(a) in členom 7(1) Direktive 2000/78, opustiti, dokler zakonodajalec ne vzpostavi nediskriminatornega pravnega položaja;
  - člen 21(1) Listine (o temeljnih pravicah) v povezavi s členom 1, členom 2(2)(a) in členom 7(1) Direktive 2000/78, sam po sebi ne more nalagati obveznosti delodajalcu;
  - se stranka, ki je oškodovana zaradi take uporabe nacionalnega prava, lahko kljub temu sklicuje na sodno prakso v sodbi z dne 19. novembra 1991, Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428), za povrnitev morebitne utrpele škode, če je to primerno.