

**Sprawa C-341/19**

**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości**

**Data wpływu:**

30 kwietnia 2019 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Bundesarbeitsgericht (Niemcy)

**Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:**

30 stycznia 2019 r.

**Strona pozwana, strona wnosząca apelację i strona wnosząca rewizję:**

MH Müller Handels GmbH

**Strona powodowa, druga strona postępowania apelacyjnego i druga strona postępowania rewizyjnego:**

MJ

**Przedmiot postępowania głównego**

Równe traktowanie w zakresie zatrudnienia i pracy, wolność religii w związku z noszeniem chusty w miejscu pracy

**Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego**

Wykładnia prawa Unii, art. 267 TFUE

**Pytania prejudycjalne**

1. Czy stwierdzone pośrednie nierówne traktowanie ze względu na religię w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78/WE na podstawie wewnętrznej reguły przedsiębiorstwa prywatnego może być właściwe tylko wtedy, gdy zgodnie z tą regułą zakazane jest noszenie wszelkich widocznych, a

nie tylko rzucających się w oczy symboli dużych rozmiarów wskazujących na religijne, polityczne lub inne światopoglądowe przekonania?

2. W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze:

- a) Czy art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78/WE należy interpretować w ten sposób, że prawa wynikające z art. 10 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”) i art. 9 europejskiej konwencji praw człowieka (zwanej dalej „EKPC”) mogą zostać uwzględnione przy ocenie, czy właściwe jest stwierdzone pośrednie nierówne traktowanie ze względu na religię na podstawie wewnętrznej reguły przedsiębiorstwa prywatnego zakazującej noszenia rzucających się w oczy symboli dużych rozmiarów wskazujących na religijne, polityczne i inne światopoglądowe przekonania?
- b) Czy art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78/WE należy interpretować w ten sposób, że krajowe przepisy rangi konstytucyjnej chroniące wolność religii mogą zostać uwzględnione jako przepisy bardziej korzystne w rozumieniu art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/78/WE przy ocenie, czy właściwe jest stwierdzone pośrednie nierówne traktowanie ze względu na religię na podstawie wewnętrznej reguły przedsiębiorstwa prywatnego zakazującej noszenia rzucających się w oczy symboli dużych rozmiarów wskazujących na religijne, polityczne i inne światopoglądowe przekonania?

3. W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytania 2a) i 2b):

Czy przy ocenie polecenia wydanego na podstawie wewnętrznej reguły przedsiębiorstwa prywatnego zakazującej noszenia rzucających się w oczy symboli dużych rozmiarów wskazujących na religijne, polityczne i inne światopoglądowe przekonania należy odstąpić od stosowania przepisów krajowych rangi konstytucyjnej chroniących wolność religii ze względu na prawo pierwotne Unii, nawet jeżeli prawo pierwotne Unii, przykładowo art. 16 karty, uznaje ustawodawstwa i praktyki krajowe?

### **Przytoczone przepisy prawa Unii**

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (zwana dalej „kartą”), w szczególności art. 10 i 16

Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, w szczególności art. 2 i 8

### **Przytoczone przepisy krajowe**

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (ustawa zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec, zwana dalej „GG”), w szczególności art. 4 i 12

Bürgerliches Gesetzbuch (niemiecki kodeks cywilny, zwany dalej „BGB”), w szczególności § 134

Gewerbeordnung (prawo o działalności gospodarczej, zwane dalej „GewO”), w szczególności § 106

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (powszechna ustawa o równym traktowaniu, zwana dalej „AGG”), w szczególności §§ 1, 3 i 7

### **Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania**

- 1 Strony spierają się zasadniczo o to, czy zgodne z prawem jest polecenie nienoszenia islamskiej chusty w miejscu pracy.
- 2 Pozwana jest spółką prawa niemieckiego, która prowadzi w Niemczech drogerie. Powódka jest wierzącą muzułmanką. Od 2002 r. jest ona zatrudniona u pozwanej jako doradca ds. sprzedaży i kasjerka.
- 3 Po powrocie z urlopu rodzicielskiego w roku 2014, inaczej niż wcześniej, powódka nosiła chustę. Powódka nie zastosowała się do żądania pozwanej zdjęcia chusty w miejscu pracy. W efekcie, początkowo w ogóle nie była zatrudniana, a później powierzono jej inne zajęcie, przy którym nie musiała zdejmować swojej chusty. W dniu 21 czerwca 2016 r. została ona jednak wezwana do zdjęcia chusty. Gdy odmówiła, została odesłana do domu. W lipcu 2016 r. otrzymała polecenie stawienia się w miejscu pracy bez rzucających się w oczy religijnych, politycznych i innych światopoglądowych symboli dużych rozmiarów (zwanej dalej „spornym poleceniem”).
- 4 W odpowiedzi na to powódka wniosła powództwo o ustalenie, że sporne polecenie jest nieważne. Ponadto żąda ona wynagrodzenia.
- 5 Powództwo to zostało uwzględnione przez sądy pierwszej i drugiej instancji. W rewizji (Revision) pozwana nadal żąda oddalenia powództwa.

### **Zasadnicze argumenty stron w postępowaniu głównym**

- 6 Powódka uważa sporne polecenie za nieważne, gdyż narusza ono jej konstytucyjnie chronioną wolność religii. Chustę nosi wyłącznie w celu wypełnienia nakazu religijnego, który uznaje za bezwzględny. Jest to objęte wolnością religii.

- 7 Oparta na wolności działalności gospodarczej chęć prowadzenia przez pozwaną polityki neutralności nie ma bezwarunkowego pierwszeństwa przed wolnością religii. Należy raczej przeprowadzić analizę proporcjonalności.
- 8 Orzecznictwo Trybunału nie stoi na przeszkodzie takiemu stanowisku. Prawo Unii ustanawia bowiem jedynie minimalne wymogi, tak że nierówne traktowanie, które jest dopuszczalne w świetle prawa Unii, może być niedopuszczalne według prawa krajowego, tak jak w niniejszej sprawie.
- 9 Pozwana uważa polecenie za zgodne z prawem. Od zawsze obowiązuje u niej *dress code*, zgodnie z którym między innymi w miejscu pracy nie mogą być noszone wszelkiego rodzaju nakrycia głowy. Od lipca 2016 r. we wszystkich jej sklepach obowiązuje reguła, zgodnie z którą zakazane jest noszenie w miejscu pracy rzucających się w oczy religijnych, politycznych lub innych światopoglądowych symboli dużych rozmiarów. Celem pozwanej jest zachowanie neutralności w przedsiębiorstwie. Między innymi należy unikać konfliktów między pracownikami. W przeszłości doszło już w trzech przypadkach do takich problemów, które wynikały z różnych religii i kultur. Nie były one jednak związane z noszeniem chusty bądź innych symboli religijnych.
- 10 Stanowisko pozwanej znajduje poparcie w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), w którym Trybunał przyznał większą wagę wolności prowadzenia działalności gospodarczej chronionej przez art. 16 karty niż wolności religii. Wykazanie wystąpienia negatywnych konsekwencji ekonomicznych i braku klientów nie jest konieczne dla ważności zakazu uzewnętrzniania przekonań religijnych. Z krajowych praw podstawowych także nie można wyprowadzić odmiennego wniosku.

### **Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego**

- 11 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest konieczny, gdyż rozstrzygnięcie sporu zależy od kwestii prawa Unii, których Trybunał jeszcze ostatecznie nie wyjaśnił.

### ***W przedmiocie właściwego prawa krajowego***

- 12 Sporne polecenie opiera się na poziomie prawa krajowego na § 106 zdanie pierwsze GewO, zgodnie z którym pracodawca może, „korzystając w rozsądny sposób z przysługującego mu uznania, określić bliżej przedmiot, miejsce i czas świadczenia pracy”. Owo prawo wydawania poleceń nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Po pierwsze, jak wynika bezpośrednio z brzmienia przepisu, polecenie musi być zgodne z „wykonywanym w rozsądny sposób uznaniem”. Po drugie, zgodnie z orzecznictwem sądu odsyłającego nie może ono naruszać zakazu ustawowego. W niniejszej sprawie tego rodzaju zakaz mógłby wynikać z § 7 w związku z § 1 AGG, zgodnie z którym pracowników nie można dyskryminować między innymi ze względu na ich religię. Zakazana jest również

dyskryminacja pośrednia, która zgodnie z § 3 ust. 2 AGG występuje, w przypadku gdy skutek pozornie neutralnych przepisów pewne osoby znajdują się między innymi ze względu na ich religię w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu z innymi osobami, chyba że takie przepisy są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

- 13 Jeżeli sporne polecenie naruszałoby § 7 AGG, byłoby ono nieważne zgodnie z § 134 BGB, w myśl którego czynność prawna, która narusza zakaz ustawowy, jest nieważna.
- 14 Przy badaniu wskazanych przepisów krajowych należy także uwzględnić prawa podstawowe ustanowione w GG. W szczególności należy zbadać, czy sporne polecenie i leżąca u jego podstaw ogólna reguła, na którą powołuje się pozwana, stanowi niedopuszczalne ograniczenie wolności religii chronionej na podstawie art. 4 ust. 1 i 2 GG.
- 15 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego) ochrona praw podstawowych wpływa pośrednio także na stosunki prawne między osobami prywatnymi. Przy wykładni przepisów prawnych sądy muszą uwzględnić prawa podstawowe jako konstytucyjne oceny w zakresie wartości, w szczególności przy wykładni generalnych klauzul cywilnoprawnych i niedookreślonych pojęć prawnych. Ewentualnie kolidujące ze sobą prawa podstawowe należy przy tym w zależności od okoliczności sprawy uwzględnić i wyważyć, mając na uwadze ich wzajemne oddziaływanie.
- 16 Z orzecznictwa Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego) wynika ponadto, że noszenie islamskiej chusty wchodzi w zakres ochrony wolności religii w rozumieniu art. 4 ust. 1 i 2 GG. Owo prawo podstawowe rozciąga się zarówno na wewnętrzną wolność wyznawania wiary lub jej niewyznawania, jak i na zewnętrzną wolność manifestowania i szerzenia wiary. Do tego należy prawo jednostki do dostosowania swojego zachowania do przykazań wiary i postępowania zgodnie z tym przekonaniem. Na tę ochronę mogą się także powoływać przy wykonywaniu swojego zawodu muzułmanki, które noszą chustę typową dla swojej wiary. Nieistotna jest okoliczność, że w islamie reprezentowane są różne opinie dotyczące tak zwanego nakazu zakrywania.
- 17 Wolność religii może jednak zostać ograniczona przez kolidujące ze sobą prawa podstawowe. W niniejszej sprawie należy uwzględnić wolność prowadzenia działalności gospodarczej pracodawcy chronioną przez art. 12 ust. 1 GG. Według zgodnego orzecznictwa Bundesverfassungsgericht (federalnego trybunału konstytucyjnego) i sądu odsyłającego kolidujące ze sobą prawa podstawowe należy ograniczyć w taki sposób, aby były skuteczne w możliwie największym stopniu dla wszystkich zainteresowanych. W tym zakresie sąd odsyłający żąda jednak od pracodawcy przedstawienia rzeczywistego zagrożenia polegającego na tym, że w przypadku dalszego zatrudniania danej pracownicy z chustą islamską

dojdzie do konkretnych zakłóceń działalności lub strat ekonomicznych. Same przypuszczenia i obawy nie są wystarczające.

***W przedmiocie znajdujących zastosowanie przepisów prawa Unii i EKPC***

- 18 Nie do końca trafna byłaby wykładnia odpowiednich przepisów GewO i AGG wyłącznie w drodze odniesienia do krajowych praw podstawowych. Należy zwrócić w szczególności uwagę na to, że przepisy AGG służą przetransponowaniu dyrektywy 2000/78 do prawa niemieckiego. Tak więc dla wykładni pojęcia „dyskryminacji pośredniej” w rozumieniu § 3 ust. 2 AGG istotna jest wykładnia art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78. Ponadto zastosowanie ma karta, ponieważ za pomocą AGG stosowane jest prawo Unii (zob. art. 51 ust. 1 zdanie pierwsze karty). Istotne są tu zarówno wolność religii chroniona przez art. 10 ust. 1 karty, jak i wolność prowadzenia działalności gospodarczej ustanowiona w jej art. 16.
- 19 W odniesieniu do art. 10 karty należy także zauważyć, że zagwarantowane w nim prawo zgodnie z wyjaśnieniami dotyczącymi karty odpowiada prawu zagwarantowanemu w art. 9 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwaną dalej „EKPC”) i zgodnie z art. 52 ust. 3 karty jego znaczenie i zakres są takie same jak owo prawo. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (zwanego dalej „ETPC”) noszenie stroju religijnego, przykładowo chusty, jest zachowaniem chronionym przez art. 9 EKPC (zob. w szczególności wyrok ETPC z dnia 18 września 2018 r. w sprawie Lachiri przeciwko Belgii, CE:ECHR:2018:0918JUD000341309, pkt 31). Sądy krajowe, które zajmują się zakazem prywatnego pracodawcy dotyczącym noszenia chusty, są obowiązane chronić wystarczająco prawo wynikające z art. 9 EKPC i ustanowić właściwą równowagę między prawami zainteresowanych osób i prawami innych osób. W przypadku *dress code* należy wyważyć prawo pracowników do wyznawania swojej wiary z troską pracodawcy o przekazywanie określonego wizerunku przedsiębiorstwa (wyrok ETPC z dnia 15 stycznia 2013 r. w sprawie Eweida i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, pkt 84, 91, 94).

***W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego***

- 20 Zdaniem sądu odsyłającego sporne polecenie stanowi pośrednie nierówne traktowanie powódki [w rozumieniu potencjalnego gorszego traktowania bądź dyskryminacji zgodnie z § 3 ust. 2 AGG i art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78], gdyż na skutek polecenia opartego na ogólnej regule powódka jest ze względu na swoją religię w szczególny sposób gorzej traktowana w porównaniu z innymi osobami. Decydujące dla rozstrzygnięcia sporu jest, czy polecenie zgodnie z wyjątkiem przewidzianym w art. 2 ust. 3 lit. b) ppkt i) dyrektywy 2000/78 jest obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

- 21 Sąd odsyłający wychodzi z założenia, jak to uczynił Trybunał, że chęć przedsiębiorcy, aby klienci postrzegali go jako neutralnego, stanowi wyraz swobody przedsiębiorczości uznanej w art. 16 karty i tym samym stanowi zgodny z prawem cel (zob. wyrok z dnia 14 marca 2017 r., G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, pkt 38).
- 22 Jednakże ze względu na ww. wyrok oraz wyrok z dnia 14 marca 2017 r., Bougnaoui i ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204) nie jest jasne, czy właściwy do osiągnięcia celu polityki neutralności przedsiębiorstwa jest wyłącznie szeroki zakaz obejmujący wszelkie widoczne formy uzewnętrzniania religii lub, jak w niniejszej sprawie, wystarczający jest także zakaz ograniczony do rzucających się w oczy symboli dużych rozmiarów, dopóki jest on stosowany w sposób spójny i systematyczny.
- 23 Reguła zakazująca noszenia widocznych symboli wskazujących na przekonania polityczne, światopoglądowe lub religijne leżała u podstaw orzeczenia Trybunału w sprawie G4S Secure Solutions. Wyrok Trybunału w sprawie Bougnaoui i ADDH powołuje się na to orzeczenie. Dla sądu odsyłającego nie wynika z tego jednoznacznie, czy Trybunał uwzględnił tylko istotny w sprawie G4S Secure Solutions stan faktyczny, a w orzeczeniu wydanym tego samego dnia w sprawie Bougnaoui i ADDH odniósł się do niego lub czy wywody stanowią stwierdzenie o charakterze ogólnym. Z tego powodu zostaje przedłożone pierwsze pytanie prejudycjalne.

***W przedmiocie pytań prejudycjalnych 2a) i 2b)***

- 24 Pytania 2a) i 2b) dotyczą oceny właściwości w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) ppkt i) dyrektywy 2000/78. Jeżeli Trybunał dojdzie do wniosku, że również zakaz ograniczony do rzucających się w oczy symboli dużych rozmiarów może być odpowiedni do osiągnięcia celu polityki neutralności przedsiębiorstwa, należy mianowicie zbadać, czy zakaz jest konieczny i właściwy.
- 25 Sąd odsyłający uważa, że reguła taka jak ta, na którą powołuje się pozwana, ogranicza się do ścisłego minimum (zob. wyrok z dnia 14 marca 2017 r., G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, pkt 42), ponieważ zakazuje ona tylko noszenia rzucających się w oczy symboli dużych rozmiarów i dotyczy wyłącznie pracowników mających kontakt z klientami.
- 26 Bez odesłania prejudycjalnego do Trybunału nie można ocenić, czy zakaz jest także właściwy w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) ppkt i) dyrektywy 2000/78.
- 27 Sąd odsyłający stawia sobie najpierw zasadnicze pytanie, czy w ramach oceny właściwości może zostać dokonane wyważenie przeciwstawnych interesów. Jeśli tak jest, pojawia się dalsze pytanie, czy tego wyważenia sprzecznych interesów – tu z jednej strony art. 16 karty, a z drugiej strony art. 10 karty bądź art. 9 EKPC – należy dokonać już przy ocenie właściwego charakteru reguły ustanawiającej zakaz uzewnętrzniania przekonań czy też dopiero w przypadku zastosowania

reguły w indywidualnym przypadku, np. w razie wydania polecenia pracownikowi lub w przypadku złożenia wypowiedzenia.

- 28 Jeżeli przy ocenie właściwości w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) ppkt i) dyrektywy 2000/78 mogą być uwzględniane prawa wynikające z karty i EKPC, zdaniem sądu odsyłającego pierwszeństwo przysługuje wolności religii chronionej przez art. 10 karty i art. 9 EKPC. Stosowana przez pozwaną reguła zakazuje bez wystarczającego powodu między innymi noszenia rzucających się w oczy symboli religijnych dużych rozmiarów.
- 29 Powódka może się powoływać na ochronę tych praw także w stosunku do pozwanej – to znaczy w stosunku między osobami prywatnymi (zob. wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 49).
- 30 Ograniczenia wolności religii są niewątpliwie możliwe zgodnie z art. 52 ust. 1 karty. Sąd odsyłający wychodzi zatem tak jak ETPC z założenia, że należy dokonać wyważenia przeciwstawnych interesów. Wolność religii przeważa jednak w niniejszym przypadku nad chronionym przez art. 16 karty celem polityki neutralności przedsiębiorstwa, gdyż podnoszone przez pozwaną zakłócenia nie są wystarczająco poważne, aby uzasadniać zakaz uzewnętrzniania przekonań.
- 31 Ponadto zdaniem ETPC wolność religii stanowi warunek niezbędnego dla demokracji pluralizmu. Konflikty między wierzącymi i innowiercami lub ateistami nie powinny być rozwiązywane poprzez wyeliminowanie, lecz przy zachowaniu różnorodności religijnej (wyrok ETPC z dnia 16 grudnia 2004 r. w sprawie Supreme Holy Council of the Muslim Community przeciwko Bułgarii, CE:ECHR:2004:1216JUD003902397, pkt 93).
- 32 Jeżeli Trybunał dojdzie do wniosku, że kolidujące ze sobą prawa wynikające z karty i EKPC nie mogą zostać uwzględnione w ramach oceny właściwości, pojawia się dalsze pytanie, czy prawo krajowe rangi konstytucyjnej, w szczególności chroniona na podstawie art. 4 ust. 1 i 2 GG wolność wyznania i przekonań, może stanowić bardziej korzystne uregulowanie w rozumieniu art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/78. Zgodnie z tym przepisem państwa członkowskie mogą przyjmować lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne do celów ochrony zasady równego traktowania od przepisów ustanowionych w dyrektywie.
- 33 Bez skierowania odesłania prejudycjalnego do Trybunału sąd odsyłający nie jest w stanie ocenić, w jakich warunkach można mówić o przepisie bardziej korzystnym w rozumieniu dyrektyw. Powstaje pytanie, czy obejmuje to tylko uregulowania krajowe, których celem jest ochrona przed dyskryminacją, lub czy objęte są także takie przepisy, które – tak jak wolność wyznania i przekonań wynikająca z art. 4 ust. 1 i 2 GG – mają chronić sferę praw wolnościowych. Owa kontrowersyjna w doktrynie kwestia – w zakresie, w jakim można to stwierdzić – nie została dotąd wyjaśniona w orzecznictwie Trybunału.



- 34 Sąd odsyłający zakłada, że także prawa wolnościowe wchodzą w rachubę jako przepisy bardziej korzystne w rozumieniu art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/78, o ile w konsekwencji podnoszą one standard ochrony przed dyskryminacją.
- 35 Gdyby Trybunał przyjął odmienny pogląd, wolność wyznania i przekonań chroniona na podstawie art. 4 ust. 1 i 2 GG nie stanowiłaby jednak przepisu bardziej korzystnego w rozumieniu art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/78 i nie mogłaby zostać uwzględniona w ramach oceny właściwości.

### ***W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego***

- 36 Trzecie pytanie prejudycjalne dotyczy stosunku prawa Unii do krajowego prawa konstytucyjnego. Jeżeli Trybunał odpowie na pytania 2a) i 2b) w taki sposób, że przy ocenie, czy doszło do niedopuszczalnego nierównego traktowania ze względu na religię, nie są uwzględniane ani prawa wynikające z karty, ani z EKPC, ani też przepisy krajowe rangi konstytucyjnej, zdaniem sądu odsyłającego powstaje pytanie, czy zatem prawo Unii – tu art. 16 karty – w całości wyłącza możliwość uwzględnienia krajowych praw podstawowych przy ocenie, czy polecenie pracodawcy jest ważne.
- 37 Kwestia braku możliwości zastosowania prawa krajowego pojawia się zawsze wtedy, gdy prawo Unii przyznaje jednostkom prawo, na które mogą się one bezpośrednio powoływać w sporze dotyczącym jednej z dziedzin objętych prawem Unii, a wykładnia prawa krajowego zgodna z prawem Unii nie jest możliwa (wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 75, 76). Takie prawo podmiotowe jest bezpośrednio skuteczne (zob. w odniesieniu do art. 31 ust. 2 karty wyrok z dnia 6 listopada 2018 r., Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, pkt 67, 69 i nast.). Jeżeli „czysty” reżim prawny dyrektywy bez leżącego u jego podstaw bezpośrednio skutecznego prawa pierwotnego nie został prawidłowo przetransponowany, wówczas w razie braku prawa podmiotowego, które jest bezpośrednio skuteczne w stosunku prywatnoprawnym, w rachubę wchodzi wyłącznie roszczenie odszkodowawcze wobec państwa członkowskiego (zob. wyroki: z dnia 7 sierpnia 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, pkt 43 i nast.; z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 43).
- 38 Z punktu widzenia sądu odsyłającego jako prawo podmiotowe w tym rozumieniu w sporze w postępowaniu głównym w rachubę wchodzi tylko art. 16 karty, natomiast nie dyrektywa 2000/78. Kwestia, czy jednostka może powoływać się na art. 16 karty w ramach sporu prowadzonego wyłącznie między osobami prywatnymi – w zakresie, w jakim można to stwierdzić – nie została dotąd wyjaśniona w orzecznictwie Trybunału. Otóż istnieje orzecznictwo dotyczące identycznie sformułowanego zastrzeżenia w art. 27 karty, który odsyła do prawa Unii oraz „ustawodawstw i praktyk krajowych”. Zdaniem Trybunału z tego wynika, że ów artykuł musi zostać doprecyzowany przez przepisy prawa Unii lub prawa krajowego, tak że nie można odstąpić od stosowania uregulowania krajowego, które jest niezgodne z dyrektywą, wyłącznie na podstawie tego

artykułu (wyrok z dnia 15 stycznia 2014 r., *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, pkt 44 i nast.). Bez wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający nie może jednak ocenić, czy orzecznictwo dotyczące art. 27 karty można zastosować do wolności prowadzenia działalności gospodarczej chronionej przez art. 16 karty.

- 39 Zdaniem sądu odsyłającego prawo Unii należy rozumieć w ten sposób, że art. 16 karty i pierwszeństwo stosowania prawa Unii nie stoją na przeszkodzie włączeniu praw krajowych rangi konstytucyjnej do oceny polecenia takiego jak sporne polecenie w niniejszej sprawie. Jeżeli Trybunał zgodzi się z tym stanowiskiem, można by uwzględnić wolność wyznania i przekonań chronioną na podstawie art. 4 ust. 1 i 2 GG. W takim przypadku zdaniem sądu odsyłającego sporne polecenie byłoby nieważne, gdyż w ramach wyważenia, które należy przeprowadzić, wolność prowadzenia działalności gospodarczej ma mniejszą wagę niż wolność religijna powódki. Rewizja byłaby zatem bezskuteczna. Natomiast gdyby art. 16 karty stał na przeszkodzie uwzględnieniu krajowych praw podstawowych, rewizja byłaby zasadna. Trzecie pytanie prejudycjalne ma zatem znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu.