Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Т. ĆАРЕТА
представено на 8 септември 2022 година [1]

Дело C-356/21

J.K.
срещу
TP S.A.,
встъпили страни:
PTPA

(Преюдициално запитване, отправено от Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Столичен районен съд Варшава, Полша)

„Преюдициално запитване — Равно третиране в областта на заетостта и професиите — Директива 2000/78/ЕО — Член 3 — Забрана на дискриминация, основана на сексуална ориентация — Самостоятелно заето лице — Отказ за подновяване на договор“

I. Въведение

1. След седем години работни отношения въз основа на последователни краткосрочни договори TP, обществена телевизия, отказва да сключи нов договор за редакционни услуги с J.K. поради сексуалната му ориентация [2].

2. Има ли право J.K., в качеството на самостоятелно заето лице, на защита срещу дискриминация, основана на сексуалната му ориентация, по силата на Директива 2000/78/ЕО?

3. Приложното поле на Директива 2000/78 е основният въпрос, който Съдът е приканен да изясни с преюдициалното запитване, отправено от Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Столичен районен съд Варшава, Полша).

[1] Език на оригиналния текст: английски.

[2] От акта за преюдициално запитване е видно, че според запитващата юрисдикция отказът за сключване на договора е мотивиран от сексуалната ориентация на J.K. Дали е налице дискриминация е въпрос, който тази юрисдикция следва да прецени. В това отношение вж. съображение 15 от Директива 2000/78 на Съвета от 22 ноември 2000 година за създаване на основна рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите (ОВ L 303, 2000 г., стр. 16; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 6, стр. 7), и решение от 25 април 2013 г., Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, т. 42). Поради това настоящото заключение ще изхожда от предположението, че обстоятелствата, довели до спора, съставляват пряка дискриминация въз основа на сексуална ориентация.

4. Другият въпрос, който се поставя в преюдициалното запитване, се отнася до връзката между забраната за дискриминация и свободата на договаряне. Запитващата юрисдикция поставя въпроса за съвместимостта на национална правна уредба, която допуска сексуалната ориентация да се взема предвид като критерий при избора с кого да се сключи даден договор, с Директива 2000/78.

II. Правна уредба

A. Правото на Съюза

5. Съгласно член 1 („Цел“) от Директива 2000/78 нейната цел е „да регламентира основната рамка за борба с дискриминацията, основана на религия или убеждение, увреждане, възраст или сексуална ориентация по отношение на заетостта и упражняването на занятие, с оглед прилагането в държавите членки на принципа за равно третиране“.

6. Член 2 („Понятие за дискриминация“) от тази директива гласи:

„1. За целите на настоящата директива, „принципът за равно третиране“ означава, че няма да има пряка или непряка дискриминация въз основа, на който и да е от признаците, посочени в член 1.

2. За целите на параграф 1:

а) проява на пряка дискриминация има, когато едно лице е, било е, или би било третирано по-малко благоприятно от друго в сравнима ситуация въз основа един от признаците, упоменати в член 1;

[…]

5. Настоящата директива не засяга мерките, регламентирани от национален закон, които в демократичното общество са необходими за обществената сигурност, поддържането на обществения ред и предотвратяването на престъпни деяния, защитата на здравето, правата и свободите на другите“.

7. Член 3 („Приложно поле“) гласи:

„1. В границите на сферите на компетентност, поверени на [ЕС], настоящата директива се прилага към всички лица от публичния и частния сектор, включително публични органи, във връзка с:

а) условията за достъп до заетост, самостоятелна заетост или упражняване на занятие, включително критериите за подбор и условия за наемане на работа, в който и да е клон на дейност на всички нива на професионалната йерархия, включително повишение;

[…]

в) условия за наемане и условия на труд, включително условията за уволнение и заплащане“.

Б. Полското право

8. Съгласно член 2, параграф 1 от Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów prawa Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Закон за прилагане на някои разпоредби от правото на Европейския съюз в областта на равното третиране от 3 декември 2010 г. (Dz. U., 2020 г., позиция 2156 — консолидиран текст) (наричан по-нататък „полският закон за равенството“) този закон „се прилага по отношение на физически и юридически лица и образувания, различни от юридическите лица, които са правоспособни по силата на закона“.

9. По-специално, член 4, параграф 2 от полския закон за равенството предвижда, че този закон се прилага по отношение на „условията за достъп и упражняване на стопанска или професионална дейност, по-специално в рамките на трудово правоотношение или за работа по граждански договор“.

10. Съгласно член 5, параграф 3 от полския закон за равенството този закон не се прилага относно „свободата на избор на страна по договор, стига изборът да не се основава на пол, раса, етнически произход или народност“.

11. Член 8 от полския закон за равенството предвижда:

„1. Забранено е неравното третиране на физически лица въз основа на пол, раса, етнически произход, народност, религия, изповедание, убеждения, увреждане, възраст или сексуална ориентация във връзка с:

[…]

2) условията за достъп и упражняване на стопанска или професионална дейност, по-специално в рамките на трудово правоотношение или за работа по граждански договор.

[…]“

12. Член 13 от полския закон за равенството гласи:

„1. Всеки, по отношение на когото е нарушен принципът на равно третиране, има право на обезщетение за вреди.

2. В случай на нарушение на принципа на равно третиране се прилагат разпоредбите на [ustawa — Kodeks cywilny (Граждански кодекс) от 23 април 1964 г.]“.

III. Спорът в главното производство и преюдициалният въпрос

13. Между 2010 г. и 2017 г. J.K. сключва редица последователни краткосрочни договори „в качеството на самостоятелно заето лице“ с TP — дружество, което управлява национален обществен телевизионен канал в Полша и чийто едноличен собственик на капитала е държавната хазна.

14. Въз основа на тези договори работата, извършвана от J.K., е включвала подготвянето на материали, например монтажи за различни предавания, за трейлъри и авторски рубрики, които впоследствие се използват от телевизионния канал с цел собствена реклама. Той осъществява дейност в рамките на звено, което е част от вътрешната организация на телевизионния канал, а именно редакция „Оформление и реклама на програма 1“, ръководена от W.S. В рамките на сключваните договори за изработка J.K. полага седмични дежурства, по време на които подготвя за излъчване материалите за собствената реклама на телевизионния канал. Прекият ръководител на J.K., W.S., разпределя дежурствата между J.K. и неговата колега журналист, извършваща същата дейност, по такъв начин, че всеки от тях полага по две седмични дежурства месечно.

15. От август 2017 г. е направен план за реорганизация на структурата на TP, в рамките на която дейностите на J.K. преминават към новоучредено звено, наречено Творческата агенция за оформление и реклама. Назначени са двама нови служители за провеждане на реорганизацията и проверката на сътрудниците, които да преминат в новата агенция.

16. На срещи в края на октомври и началото на ноември 2017 г., на които присъства един от новите служители, отговарящи за реорганизацията, J.K. получава положителна оценка и е вписан сред сътрудниците, преминали успешно процедурата по проверка.

17. На 20 ноември 2017 г. между J.K. и TP е сключен договор за изработка за срок от един месец.

18. На 29 ноември 2017 г. J.K. получава работния си график за декември 2017 г. Той предвижда общо две седмици работа, като първата седмица трябва да започне на 7 декември 2017 г., а втората — на 21 декември 2017 г.

19. На 4 декември 2017 г. J.K. и неговият партньор публикуват в своя канал в YouTube коледен музикален клип, чиято цел е да насърчи търпимостта към еднополовите двойки.

20. Два дни по-късно, на 6 декември 2017 г., J.K. получава електронно писмо от TP, с което смените му се отменят, считано от 7 декември 2017 г.

21. На 20 декември 2017 г. J.K. е уведомен, че няма да бъде задължен да представя отчет за работния период с начало 21 декември 2017 г. Така през декември 2017 г. той не е изпълнил работата за този месец съгласно договорените периоди, нито пък, както става ясно по време на съдебното заседание, е получил възнаграждение за договорените услуги.

22. В крайна сметка нов договор (за януари 2018 г.) между J.K. и TP не се сключва. Видно от акта за преюдициално запитване, решението за прекратяване на сътрудничеството с J.K. е взето от лицата, които отговарят за реорганизацията.

23. С искова молба, подадена пред запитващата юрисдикция, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Столичен районен съд Варшава), J.K. претендира сумата от 47 924,92 PLN (полски злоти) (около 10 130 EUR), ведно със законната лихва за забава, изчислена, считано от датата на предявяване на иска до датата на плащането. Сумата от 35 943,69 PLN (около 7 600 EUR) се претендира като обезщетение за имуществени вреди, а сумата от 11 981,23 PLN (приблизително 2 530 EUR) — като обезщетение за неимуществени

вреди поради нарушение на принципа на равно третиране с оглед на сексуалната ориентация под формата на пряка дискриминация във връзка с условията за достъп и упражняване на икономическа дейност по граждански договор.

24. В подкрепа на иска си J.K. изтъква, че е бил жертва на пряка дискриминация от страна на TP поради сексуалната му ориентация. Той твърди, че вероятната причина за отмяна на работните периоди и прекратяване на сътрудничеството с TP е публикуването в YouTube на посочения по-горе коледен музикален клип.

25. TP поддържа, че искът следва да бъде отхвърлен, като твърди, че нито съдебната практика, нито законодателството гарантира подновяването на договорите за сътрудничество от този вид.

26. Според запитващата юрисдикция не е ясно доколко самостоятелно заетите лица са обхванати от защитата на Директива 2000/78. Тя има съмнения и относно съвместимостта с тази директива на член 5, параграф 3 от полския закон за равенството, който тази юрисдикция счита за приложим към обстоятелствата по делото.

27. При тези обстоятелства Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Столичен районен съд Варшава, Полша) решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Трябва ли член 3, параграф 1, букви а) и в) от [Директива 2000/78] да се тълкува в смисъл, че позволява да се изключи прилагането на Директива 2000/78 и съответно на санкциите, предвидени в националното право съгласно член 17 от [тази директива], по отношение на свободата на избор на страна по договор, стига изборът да не се основава на пол, раса, етнически произход или народност, когато проява на дискриминация би могъл да бъде отказът да се сключи граждански договор, по силата на който би следвало да работи физическо лице, осъществяващо независима икономическа дейност, ако основание за отказа би била сексуалната ориентация на потенциалния съдоговорител?“.

28. J.K., полското, белгийското, нидерландското и португалското правителство, както и Европейската комисия представят писмени становища. На 31 май 2022 г. е проведено съдебно заседание, на което J.K., полското правителство и Комисията излагат устни становища.

IV. Анализ

29. Разбирам, че с въпроса си запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали е длъжна да приложи член 5, параграф 3 от полския закон за равенството при преценката дали TP е длъжно да обезщети J.K. за осъществена спрямо него дискриминация въз основа на сексуалната му ориентация.

30. Съгласно правото на Съюза това зависи от приложимостта на Директива 2000/78. Ако J.K. може да се позове на член 3 от тази директива, за да изключи възможността TP да мотивира отказа си да сключи договор с него поради сексуалната му ориентация, запитващата юрисдикция ще е длъжна да остави без приложение член 5, параграф 3 от полския закон за равенството при решаването на спора по настоящото дело.

31. Следователно важният въпрос е дали отказът да се сключи договор поради сексуалната ориентация на потенциалната договаряща страна попада в приложното поле на Директива 2000/78, и по-точно дали такъв договор представлява условие „за достъп до […] самостоятелна заетост“ по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от тази директива.

32. Поради фактическите особености на настоящия случай друга релевантна разпоредба, която може да намери приложение, е член 3, параграф 1, буква в) от Директива 2000/78.

33. Ето защо ще продължа, както следва. Най-напред ще анализирам дали член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78 обхваща случаи като настоящия (А). В тази връзка ще обясня как трябва да се разбира понятието „самостоятелна заетост“, използвано в тази разпоредба, и как, ако е необходимо, то трябва да се разграничава от понятието за предоставяне на стоки и услуги. След това ще обясня защо според мен сключването на индивидуален договор попада в обхвата на понятието „достъп до […] самостоятелна заетост“ по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78. В следващия раздел (Б) ще разгледам накратко въпроса дали член 3, параграф 1, буква в) от тази директива е приложим в настоящия случай, тъй като запитващата юрисдикция се позовава и на тази разпоредба в своя преюдициален въпрос, така както е формулиран. След като направя извода, че и двете разпоредби са приложими, ще проверя дали свободата на договаряне, както е предвидена в член 5, параграф 3 от полския закон за равенството, допуска изключване на приложимостта на Директива 2000/78 (В) и, при отрицателен отговор, какви са последиците за член 5, параграф 3 от полския закон за равенството и какви са задълженията на запитващата юрисдикция по силата на правото на Съюза (Г).

А. По приложимостта на член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78

34. Съгласно член 3, параграф 1, буква а) Директива 2000/78 се прилага към „условията за достъп до заетост, самостоятелна заетост или упражняване на занятие“.

35. Следователно тази разпоредба изрично визира самостоятелно заетите лица. Никой от участниците в настоящото производство не оспорва, че J.K. може да се счита за самостоятелно заето лице. Защо тогава изобщо възниква въпросът за приложимостта на тази разпоредба?

36. На първо място, както запитващата юрисдикция сама посочва в акта за преюдициално запитване, понятието „самостоятелна заетост“, употребено в Директива 2000/78, все още не е изяснено от Съда. Доколкото тази директива не препраща към правните системи на държавите членки, това понятие трябва да се тълкува като самостоятелно понятие на правото на Съюза, чийто смисъл и обхват именно Съдът следва да уточни[3]. Ето защо настоящото преюдициално запитване предоставя на Съда тази възможност.

37. От друга страна, полското правителство изтъква, че макар J.K. да има качеството на самостоятелно заето лице, сключването на договор с такова лице не представлява условие за достъп до самостоятелна заетост.

38. Поради това ще обясня, на първо място, че понятието „самостоятелна заетост“ по смисъла на Директива 2000/78 включва предоставянето на стоки и услуги, когато те представляват личен труд, който техният доставчик е вложил във въпросните стоки или

[3] Решение от 25 юни 2020 г., A и др. (Вятърни генератори в Алтер и Невеле) (C-24/19, EU:C:2020:503, т. 75).

услуги. След това ще обясня защо според мен за самостоятелно заетото лице сключването на договор с лице, в полза на което първото трябва да положи личен труд, представлява условие за достъп до самостоятелна заетост. Разгледани заедно, тези две обяснения водят до извода, че член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78 се прилага в случаи като настоящия.

1. Понятието „самостоятелна заетост“ по смисъла на Директива 2000/78

39. Директива 2000/78 не определя термина „самостоятелна заетост“.

40. В доктрината се поддържа, че самостоятелната заетост често се използва като остатъчна категория, „своеобразно концептуално хранилище, в което се събират всички онези работни отношения, които не попадат в (често тясната) категория на подчинени отношения между работник и работодател“[4]. Следователно при това деление на работата на две категории имаме наети лица и самостоятелно заети лица[5].

41. Какво става обаче, ако работата на дадено лице може едновременно с това да бъде квалифицирана като предоставяне на стоки или услуги на други лица? Например лице, което извършва работа по почистване на нечий апартамент срещу възнаграждение или приготвя торта за нечий рожден ден срещу възнаграждение, предоставя чрез работата си услуга (почистване) или стока (торта). Ако това е начинът, по който лицата от примера се издържат, можем да ги считаме едновременно за самостоятелно заети лица и за доставчици на стоки или услуги. Като получатели на стоките или услугите ние „купуваме“ едновременно техния труд и крайния продукт от този труд.

42. В такъв случай обхванати ли са тези доставчици от понятието „самостоятелна заетост“ по смисъла на Директива 2000/78?

43. Преди да продължа, трябва да обясня защо въпросът за разграничението между самостоятелната заетост и предоставянето на стоки и услуги се поставя в контекста на Директива 2000/78.

44. Тази директива е един от актовете, приети въз основа на сегашния член 19 ДФЕС[6], който предоставя на Съюза компетентност да предприема мерки за борба с дискриминацията. Директива 2000/78 забранява дискриминацията по редица признаци, сред които е и сексуалната ориентация[7]. Тази директива обаче не може да провежда[8] и не провежда борба с дискриминацията, основана на тези забранени признаци, по общ начин. Законодателят на Съюза ограничава „полето на действие“ на тази директива до областта на „заетостта и упражняването на занятие“[9].

[4] *Countouris*, N. et *De Stefano*, V. New trade union strategies for new forms of employment. ETUC, Brussels, 2019, p. 34.

[5] Затова Countouris и De Stefano (Ibid.) отбелязват, че: „ако лицето не е подчинен работник или служител, ако не извършва своята работа под контрола или ръководството на работодател, ако не е част от предприятие или не поражда определен стопански риск, то повечето правни системи просто биха възприели такова лице като самостоятелно заето“.

[6] Това правно основание е въведено в договорите с Договора от Амстердам и към момента на приемането на Директива 2000/78 се съдържа в член 13 ДЕО.

[7] Както е посочено в член 1 от Директива 2000/78, тази директива забранява дискриминацията, основана на религия или убеждение, увреждане, възраст или сексуална ориентация.

[8] Член 19 ДФЕС оправомощава Съюза да се бори с дискриминацията само в рамките на правомощията, предоставени му с Договорите.

[9] Вж. заглавието на Директива 2000/78 и член 1 от нея.

45. Същевременно от 2008 г. насам законодателят на Съюза подготвя предложение за нова директива[10]. Тази директива, когато (и ако) бъде приета[11], ще има за цел борба с дискриминацията на същите забранени основания като тези, обхванати от Директива 2000/78, в областта, описана по-специално като „достъп до стоки и услуги и предоставяне на стоки и услуги“. Оттук се налага изводът, че законодателят на Съюза (все още) не е уредил „достъпа до стоки и услуги и предоставянето на стоки и услуги“ по начин, забраняващ дискриминацията въз основа на сексуалната ориентация.

46. Изключва ли обстоятелството, че това законодателно предложение използва формулировката „достъп до стоки и услуги и предоставяне на стоки и услуги“, възможността доставчиците на стоки и услуги, получени в резултат на техен личен труд, да бъдат обхванати от приложното поле на Директива 2000/78? Според мен не.

47. Нито понятието „заетост и упражняване на занятие“ съдържащо се в Директива 2000/78, нито понятието „достъп до стоки и услуги и предоставяне на стоки и услуги“, съдържащо се в предложението за нова директива[12], са пояснени в съответните им текстове. Освен това Съдът все още не е дал определение на тези понятия, включително използването им в Директива 2000/43[13], която, за разлика от Директива 2000/78, се отнася както до „заетостта и упражняването на занятие“, така и до „достъпа до стоки и услуги и предоставянето на стоки и услуги“[14].

48. Според мен отговорът на въпроса дали лице, което предлага труд под формата на предоставяне на стоки и услуги, е самостоятелно заето лице по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78, зависи от тълкуването на понятието „заетост и упражняване на занятие“, с което се описва приложното поле на Директива 2000/78. Макар предоставянето на стоки и услуги, получени в резултат на осъществяване на дейност като самостоятелно заето лице, да попада в обхвата на това понятие, използването на термина „предоставяне на стоки и услуги“ в законодателно предложение (без намерение да се предрешава неговото тълкуване) не изключва прилагането на Директива 2000/78 по отношение на такива самостоятелно заети лица.

49. Какво следователно се има предвид (и какво не) под израза „заетостта и упражняването на занятие“?

а) Понятието „заетост и упражняване на занятие“

50. Съгласно член 1 от Директива 2000/78 същата има за цел да се бори с дискриминацията, основана на изброените в същата признаци, по отношение на „заетостта и упражняването на занятие“.

[10] Предложение за Директива на Съвета за прилагане на принципа на равно третиране на лицата без оглед на религиозна принадлежност или убеждения, увреждане, възраст или сексуална ориентация, COM(2008) 426 final.

[11] От законодателната история на тази директива е видно, че основните съображения, възпрепятстващи нейното приемане, са i) разходите за осигуряване на недискриминационен достъп до стоки и услуги за хората с увреждания и ii) субсидиарността. Вж. в този смисъл Съвет на Европейския съюз, Доклад за напредъка № 14046/21, 23 ноември 2021 г.

[12] Вж. бележка под линия 10 от настоящото заключение.

[13] Директива 2000/43/ЕО на Съвета от 29 юни 2000 година относно прилагане на принципа на равно третиране на лица без разлика на расата или етническия произход (ОВ L 180, 2000 г., стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 20, том 1, стр. 19).

[14] Директива 2000/43, която забранява дискриминацията, основана на расов признак или етнически произход, също е приета на основание на сегашния член 19 ДФЕС, и е приета почти едновременно с Директива 2000/78, поради което използваните в тези две директиви понятия биха могли да се приемат за сходни.

51. Законодателят на Съюза обаче не дава по-подробно уточнение на това какво се има предвид под тези изрази. Няколко съображения от Директива 2000/78 обаче дават известни насоки. Съображение 4 от тази директива препраща към Конвенция № 111 на Международната организация на труда (МОТ), която сама използва тази формулировка. Тази конвенция забранява дискриминацията в областта на заетостта и упражняването на занятие, като в последната влизат „всички работници“, включително упражняващите дейност като самостоятелно заети лица [15].

52. В съображение 9 от Директива 2000/78 се подчертава, че „[з]аетостта и упражняването на занятие са ключови елементи за гарантиране на равните възможности за всички и силно подпомагат пълното участие на гражданите в икономическия, културния и социален живот и реализирането на техния потенциал“.

53. Тези две съображения [16] подсказват, че Директива 2000/78 има за цел да защити всички лица, които участват в обществения живот чрез предоставянето на своя труд.

54. Това тълкуване е възприето от съдебната практика. В своето заключение по дело HK, генералният адвокат Richard de la Tour приема, че „[п]о съображения от социален и обществен интерес целта на тази директива е да се премахнат всички пречки, основаващи се на дискриминационни признаци, пред достъпа до средства за издръжка и пред способността за оказване на принос към обществото чрез труд, независимо от правната форма на предоставянето му“ [17]. Съдът е възприел това становище в наскорошното си решение по дело HK [18].

55. Напълно споделям това становище. Целта на Директива 2000/78 може да се тълкува като насочена към забрана на дискриминацията, основана по-специално на сексуалната ориентация, в професионалния живот на лицето [19]. Като обхваща областта на „заетост и упражняване на занятие“, тя цели да позволи на гражданите да реализират своя потенциал и да се издържат, като предоставят своя труд.

56. Значението на труда за самоутвърждаването на личността е признато от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“). Член 15, параграф 1 от Хартата гласи, че всеки има право да работи и да упражнява свободно избрана или приета професия [20].

[15] Вж. в този смисъл *De Stefano*, V. Not as simple as it seems: The ILO and the personal scope of international labour standardsл — International Labour Review, 2021, 387—406, p. 399. Вж. също *Schubert*, C. Economically-dependent Workers as Part of a decent Economy. Beck/Hart/Nomos, 2022, p. 237.

[16] Вж. и изложението на мотивите към Предложението за директива на Съвета за създаване на основна рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите. В частта от това изложение, в която е описана нормата, която впоследствие е въведена с член 3 от Директива 2000/78, изрично се посочва, че „[р]авното третиране в областта на достъпа до дейности като заети или самостоятелно заети лица […] предполага премахването на всякаква дискриминация, произтичаща от всяка разпоредба, която възпрепятства *достъпа на лица до всички форми на заетост и упражняване на професия*“. Курсивът е мой.

[17] Заключение на генералния адвокат Richard de la Tour по дело HK/Danmark и HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, т. 37).

[18] Решение от 2 юни 2022 г., HK/Danmark и HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, т. 34).

[19] Вж. в това отношение текста на шведски език на Директива 2000/78, в който в член 1 от тази директива е употребен изразът „професионален живот“ („arbetslivet“), така че да обхване израза на английски език „employment and occupation“ или формулировката на френски език „emploi et travail“.

[20] Значението на труда за самоутвърждаването на личността е подчертавано и в съдебната практика. В заключението си по дело Coleman (C-303/06, EU:C:2008:61, т. 11) генералният адвокат Poiares Maduro приема, че: „[д]остъпът до заетост и професионалното развитие имат основно значение за всеки човек не само като средство да изкарва прехраната си, но и като важен начин за самоутвърждаване и реализиране на личния потенциал“. Този цитат е припомнен като важен за разбирането на приложното поле на Директива 2000/78 от генералния адвокат Sharpston в нейното заключение по дело Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2019:922, т. 44).

57. Така Директива 2000/78 цели да защити от дискриминация лицата, които полагат труд, и член 3, параграф 1, буква а) от тази директива има за цел да осигури недискриминационния достъп до работа.

58. Как следва да се разбира понятието „труд“ за целите на определянето на обхвата на Директива 2000/78? По-новата съдебна практика потвърждава, че приложното поле на Директива 2000/78 трябва да се тълкува разширително [21] и не е ограничено само до условията за достъп до длъжностите, заемани от „работници“ по смисъла на член 45 ДФЕС [22].

59. Следователно, когато защитава работещите, Директива 2000/78 не е насочена само към „работниците“ по смисъла на правото на свободно движение или на вторичното законодателство, прието въз основа на член 153 ДФЕС [23], макар, разбира се, да обхваща и работниците в последния смисъл. Директива 2000/78 не визира само „работниците“ по смисъла на член 45 ДФЕС, но разбира се, последните също попадат в обхвата ѝ [24].

60. Настоящият XXI век налага необходимостта от разширяване на понятието за работещо лице [25]. Понастоящем под работещо лице се разбира лице, което влага собствено време, знания, умения, енергия, а често и своя ентусиазъм с цел предоставянето на услуга или създаването на продукт в чужда, а не в собствена полза (в общия случай) срещу възнаграждение.

61. Целта на Директива 2000/78 е да осигури недискриминационен достъп до всякакъв вид работа, която лицата извършват, за да се издържат, във всички възможни форми на предоставяне на работата. Както ще обясня в следващия раздел, при такова схващане на целта на Директива 2000/78 няма основание от нейното приложно поле да се изключи самостоятелната заетост, състояща се в предоставянето на стоки или услуги под всяка допустима правна форма.

[21] Решение от 23 април 2020 г., Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, т. 39), вж. и заключението на генералния адвокат Sharpston по това дело (C-507/18, EU:C:2019:922, т. 42). В решение НК Съдът потвърждава, че понятията „заетост“, „самостоятелна заетост“ и „занятие“ трябва да се тълкуват разширително, тъй като от съпоставянето на текстовете на различните езици на член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78 следва, че на много от езиците са употребени общи изрази. Решение от 2 юни 2022 г., HK/Danmark и HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, т. 27).

[22] Решение от 2 юни 2022 г., HK/Danmark и HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, т. 29). Вж. и точка 28 от същото решение, в която Съдът постановява: „[с]ледователно, видно както от изричното упоменаване в разпоредбата на самостоятелната заетост, така и от обичайния смисъл на използваните думи „заетост“ и „занятие“, волята на законодателя на Съюза не е била да ограничи приложното поле на Директива 2000/78 само до длъжностите, заемани от „работник“ по смисъла на член 45 ДФЕС […]“.

[23] Относно развитието в практиката на Съда на понятието „работник“ в правото на вътрешния пазар и вторичното трудово право на Съюза вж. *Countouris*, N. The Concept of „Worker“ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope“. — *Industr*ial Law Journal. 2018, 192—225 и *Goldner Lang*, I. Sloboda kretanja radnika. — In: Ćapeta, T. Goldner Lang, I. (eds.). Pravo unutarnjeg tržišta Europske unije. Narodne Novine, Zagreb, 2021, 77—110.

[24] В това отношение вж. заключението на генералния адвокат Richard de la Tour по дело HK/Danmark и HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, т. 35).

[25] В тази насока вж. *Supiot*, A. Homo faber: continuités et ruptures. — In: Supiot, A. (ed.), Le travail au XXI[e] siècle, Livre du centenaire de l'OIT. éditions de l'Atelier, Paris, 2019, 15—41.

б) Разнообразието на работата и причините, поради които предоставянето на стоки или услуги не може да бъде изключено от приложното поле на Директива 2000/78

62. Работата се схваща както като дейността, така и като резултата от тази дейност [26]. За приложимостта на антидискриминационното законодателство в областта на „заетостта и упражняването на занятие“ е без значение въпросът дали работещото лице предварително предоставя на получателя резултата от своята работа, както се случва в класическото трудово правоотношение, или впоследствие предлага този резултат на получателя под формата на стока или услуга. И в двата случая по този начин лицето се издържа и участва в обществения живот, като влага своя личен труд.

63. Една и съща работа може да се извърши под най-различни форми, независимо че традиционната заетост, разбирана като работа на пълно работно време, безсрочно и в рамките на подчинено и двустранно трудово правоотношение [27], все още е най-често срещаният модел. От друга страна, нестандартните форми на работа стават все повече [28], като това води до фрагментиране на пазара на труда [29] и до създаване на нови предизвикателства пред нормативната уредба [30].

64. Дадено лице може да се издържа, като работи само за един или за множество „работодатели“; за по-дълги или по-кратки срокове; на непълно работно време или сезонно; на едно място или на различни места; като използва собствени или чужди инструменти. Освен това работата може да бъде договаряна с оглед на времето (например 20 часа на месец) или с оглед на заданията за изпълнение (например боядисване на шест стени в бяло) [31].

65. Следователно има различни начини, по които едно лице може да извършва една и съща работа. Това също така означава, че една и съща работа може да се извършва в различни правни рамки. Намиращите се на разположение правни рамки за извършване на определен вид работа може да се различават в отделните държави членки.

66. Ето защо тези различни правни рамки не би трябвало да имат значение за прилагането на Директива 2000/78. Важното за прилагането ѝ е лицето да полага *личен труд* независимо от правната форма, под която се предоставя работата.

[26] В тази насока вж. и *Supiot*, A. Homo faber: continuités et ruptures. — In: Supiot, A. (ed.), Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT, éditions de l'Atelier, Paris, 2019, 15—41, p. 17; *Dujarier*, M.-A. Troubles dans le travail, Sociologie d'une catégorie de pensée. puf, Paris, 2021, 365—366.

[27] Такова е описанието на „стандартното трудово правоотношение“, дадено от МОТ в нейно проучване на нестандартните форми на работа. Вж. *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, МОТ, Женева, 2016 г., стр. 7. Вж. също картата на страница 52 от това проучване.

[28] Пак там.

[29] *Deakin*, S., *Wilkinson*, F. The Law of the Labour Market. OUP, Oxford, 2005, 311—313.

[30] *Fudge*, J. Blurring Legal Boundaries: Regulating for Decent Work. — In: Fudge, J., McCrystal, S., Sankaran, K. Challenging the legal boundaries of work regulation. Hart, Oxford, 2012, 1—26; *De Stefano*, V. et *Aloisi*, A. European Legal framework for digital labour platforms. European Commission, Luxembourg, 2018.

[31] Collins уточнява, че личен труд може да се полага както по силата на договор за прослужване на определено време, така и на договор за изпълнение на задание. От икономическа гледна точка може да съществуват различни причини, най-вече свързани с разпределението на риска, поради които определен вид работа е договорен по определен начин. В тази насока вж. *Collins*, H. Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment. — Oxford Journal of Legal Studies, vol. 10(3), 1990, p. 362.

67. Понятието за „личен труд“ е развито в областта на трудовото право като реакция на фрагментирането на работата, което е довело до изключване на много лица от защитата на трудовото право, тъй като не отговарят на обичайното разбиране за работници или служители [32]. По този начин личният труд е предложен като критерий при определянето кои работещи лица имат право да се ползват от трудови права и кои нямат това право.

68. Експертите по трудово право обаче често включват в обхвата на това право всички работещи лица, които предоставят услуги лично, но изключват тези, които „реално извършват стопанска дейност за своя сметка“ [33].

69. Според мен антидискриминационното право на Съюза би трябвало да изхожда от едно още по-широко схващане за личния труд, което не изключва предприятията [34], ако собственикът на предприятието предоставя свой личен труд.

70. Причината за това са различните цели, които антидискриминационното и трудовото право преследват.

71. Трудовото право (чието правно основание в правото на Съюза е член 153 ДФЕС) има за цел закрилата на работниците срещу лицата, на които първите предоставят стоки или услуги, като се изхожда от предположението, че в рамките на трудовото правоотношение работниците се намират в подчинено и следователно по-неблагоприятно положение.

72. Директива 2000/78, приета на правно основание настоящия член 19 ДФЕС, има различна цел [35]. Тя е инструмент за създаване на равни възможности за работа за всички. Това равенство на възможностите изисква достъпът на дадено лице до работа да не бъде ограничаван, inter alia, поради неговата или нейната сексуална ориентация. Следователно прилагането на Директива 2000/78 би трябвало да доведе до резултат, при който всяко лице или дружество, търсещо извършване на работа в негова полза, остава „сляпо“ за характеристиките на потенциалния доставчик на работата, по отношение на който е налице забрана за дискриминация, включително неговата или нейната сексуална ориентация.

73. Ето защо предоставянето на стоки и услуги като форма на личен труд не може да бъде изключено от приложното поле на Директива 2000/78.

[32] За понятието за личен труд вж. например *Freedland*, M., *Countouris*, N. The Legal Construction of Personal Work Relations. OUP, Oxford, 2011, 5 et 42; *Supiot*, A. Towards a European policy on work. — In: Countouris, N., Freedland, M.(eds), Resocialising Europe in a Time of Crisis, CUP, Cambridge, 2013, 19—35, p. 35; *Countouris*, N., *De Stefano*, V. New trade union strategies for new forms of employment. ETUC, Brussels, 2019, p. 64.

[33] Такова е определението за „личен труд“, предложено от N. Countouris и V. De Stefano в New trade union strategies for new forms of employment, 2019, ETUC, Brussels, p. 65: „идеята за „лично трудово отношение“ може да се използва, за да се определи персоналният обхват на трудовото право, приложимо по отношение на всяко лице, ангажирано от друго лице за предоставянето на работна сила, освен ако първото реално не извършва стопанска дейност за своя сметка“.

[34] Вж. в този смисъл и C. Barnard, който уточнява, че от друга страна някои поддържат, че понятието „самостоятелно заети лица“ обхваща, в областта на правото на равнопоставеност, дори независимите самостоятелно заети лица (предприемачи). В: *EU* Employment Law. OUP, Oxford, 2012, 4. ed., p. 348.

[35] В решение от 2 юни 2022 г., HK/Danmark и HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, т. 34), Съдът приема, че: „[…] както отбелязва генералният адвокат в точка 37 от заключението си, Директива 2000/78 не е сред актовете от вторичното право на Съюза, основани по-специално на член 153, параграф 2 ДФЕС и целящи закрила на работниците като по-слабата страна по трудово правоотношение […]“.

74. Нека обясня какво имам предвид чрез пример. Дадена жена има умения в областта на информационните технологии и например може да създава софтуер, който използва алгоритми за машинно самообучение. Първият вариант за започване на подходяща за квалификацията ѝ работа, за който тя се сеща, е да бъде наета на трудов договор на пълно работно време от дружество — разработчик на софтуер.

75. Възможно е обаче тази жена да остане неудовлетворена от работата само за едно дружество и следователно да реши да предлага същата работа на няколко дружества в качеството на самостоятелно заето лице. Тя може например да се опита да установи трайни отношения с едно дружество, за да си гарантира получаването на редовно възнаграждение. Това тя може да постигне чрез сключването на договор за предоставяне на определени стоки и услуги (например създаването на индивидуално приспособими алгоритми за машинно самообучение, поддръжка на софтуера на дружеството и обучение на персонала за неговото използване). Такъв договор тя би могла да сключи за определен срок, например една година, и той да се подновява ежегодно. В същото време тя ще потърси други дружества, които може да се нуждаят от нейната работа. С тези други дружества или физически лица тя може да сключи само един конкретен договор за разработване на алгоритмите за машинно самообучение, от които те се нуждаят.

76. Така в качеството на самостоятелно заето лице тя би се намирала в няколко вида договорни правоотношения. Първият вид се основава на договор за услуги, които тя предлага през определен брой часове на месец или на година, а другите видове се основават на договори с предмет краен продукт, т.е. софтуер, приспособен към нуждите на конкретен клиент. Цялата гореописана работа може да се основава на договорите за стоки или услуги, сключени индивидуално с въпросния IT експерт. Същият IT експерт обаче може да реши да учреди дружество и да продава работата си чрез това дружество.

77. Например в някои държави членки последователните индивидуални договори за услуги с едно и също дружество може да са забранени. Това може да се дължи дори на прилагането на трудовото законодателство на Съюза, което цели да гарантира на работниците по-сигурни безсрочни трудови договори[36]. Въпреки това IT експертът от нашия пример не желае да бъде наето лице. Дружеството, за което тя работи въз основа на последователни едногодишни договори за услуги, също няма стимул да я наеме, но от друга страна, желае да продължи да работи с нея. При това положение нашият IT експерт може да реши да създаде свое собствено дружество. Така тя може да продължи да предлага работата си на същото дружество чрез собственото си дружество, без да се задейства законодателството, забраняващо сключването на последователни срочни договори за услуги.

78. При всички описани в примера по-горе варианти IT експертът е извършил един и същ вид работа и дружествата или физическите лица, с които е встъпила в договорни правоотношения, са удовлетворили една и също нужда от работа.

[36] Клауза 5 от Рамково споразумение за срочната работа, сключено на 18 март 1999 г., което се съдържа като приложение към Директива 1999/70/ЕО на Съвета от 28 юни 1999 година относно Рамково споразумение за срочната работа, сключено между Европейската конфедерация на профсъюзите (CES), Съюза на индустриалците в Европейската общност (UNICE) и Европейския център на предприятията с държавно участие (CEEP) (ОВ L 175, 1999 г., стр. 43; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 5, стр. 129).

79. Има обаче доводи, че сключеният с нея договор като физическо лице действително представлява форма на самостоятелна заетост, но договорът, сключен с нейното дружество, не е, тъй като представлява доставка на стоки или услуги. В първия случай потенциалният „работодател“ купува нейния „труд“, а във втория — нейните „стоки“ или „услуги“.

80. В контекста обаче на Директива 2000/78, която има за цел да защити правото на хората да участват в обществения живот и да осигуряват средствата за издръжката си чрез личен труд, реално има ли някаква разлика? Отказът на дадено дружество да сключи договор с нашия хипотетичен IT експерт поради факта, че е хомосексуална (или изповядва определена религия, или е твърде стара, или твърде млада), или поради притежаван от нея друг признак, включен в забранените основания за дискриминация, който няма нищо общо със способността ѝ да създава софтуер за машинно самообучение, възпрепятства достъпа ѝ до това конкретно задание и следователно ограничава достъпа ѝ до работа.

81. Няма проблем да се приеме, че подобна дискриминация щеше да бъде забранена, ако тя търсеше традиционно трудово правоотношение. Защо същото да не важи и във всички останали хипотези, в които тя предлага работата си или въз основа на договори за стоки или услуги, сключени с нея като физическо лице, или въз основа на договори за стоки или услуги, сключени с дружеството ѝ, но с предмет задължение за неин личен труд?

82. По същество, от гледна точка както на лицето, което предоставя труда, така и на дружеството, което ѝ възлага да предостави своя личен труд, няма никаква разлика. Тя предоставя труда, от който друго лице се нуждае. Изключването на някоя от тези хипотези от приложното поле на Директива 2000/78, която цели да осигури недискриминационен достъп до начините за осигуряване на средства за издръжка и до възможността за принос към обществото чрез труд, независимо от правната форма на неговото осъществяване[37], струва ми се, не съответства на преследваните от тази директива цели.

83. За прилагането на антидискриминационното право е без значение дали лицето, което полага труд, е същевременно и предприятие, и следователно се намира в хоризонтално, а не в подчинено отношение спрямо потенциалния „работодател“[38]. Всъщност в някои правни системи, поне при някои професии, самостоятелно заетите лица са длъжни да се регистрират като предприятие или поне обикновено са организирани по подобен начин.

84. Пример за това са търговските представители. Отношенията между търговските представители и техните принципали са бизнес отношения. В повечето случаи обаче търговските представители са самостоятелно заети лица, които в същото време са еднолични собственици на предприятия или малки и средни предприятия[39]. Може ли потенциален принципал да откаже да сключи договор с търговски представител само защото той или тя е с определена сексуална ориентация? Дали подобен отказ няма да бъде обхванат от Директива 2000/78?

[37] Вж. точка 54 от настоящото заключение и цитираната съдебна практика.

[38] Това не означава, че това обстоятелство е без значение в други области на правото на Съюза, например правото в областта на конкуренцията. В тази насока вж. решение от 4 декември 2014 г., FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411).

[39] Вж. в това отношение работен документ на службите на Комисията, Evaluation of Directive 86/653 (REFIT Evaluation), SWD(2015) 146 final от 16 юли 2015 г.

85. Накрая, ако личното предоставяне на стоки и услуги бъде изключено от приложното поле на Директива 2000/78, това би дало възможност на дружествата или физическите лица, които изискват да се извърши определена работа за тях, да заобиколят забраната за дискриминация, като предпочетат да „закупят“ стоки или услуги, вместо да наемат доставчик на услуги. Това, както поддържат J.K. и Комисията, би накърнило полезния ефект на тази директива.

86. Ето защо, ако трябва да се забрани дискриминацията на изброените основания по отношение на достъпа до работа, предоставянето на стоки и услуги не може да бъде изключено от понятието за самостоятелна заетост по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78, доколкото доставчикът предлага своя личен труд, за да осигури средствата за своята издръжка.

87. Видно от фактите по настоящото дело, TP е имало нужда от услугите на редактор. Тази телевизия по неоповестени причини (възможно е да е било по-евтино) преценява, че е за предпочитане да закупи редакторските услуги от независим изпълнител, вместо да наеме такъв. За друга телевизия това изчисление би могло да има различен резултат — може би би било по-евтино или би се смятало за по-малко рисковано да се наеме редактор на непълно или пълно работно време. Не виждам никаква основателна причина защо Директива 2000/78 трябва да се тълкува в смисъл, че забранява на телевизията да взема предвид сексуалната ориентация, когато наема редактора на работа, но не и когато му възлага да предостави услугите си пряко или посредством своето дружество. От гледна точка както на телевизията, така и на редактора, положението по същество е идентично: телевизията получава редакторски услуги, от които се нуждае, а редакторът предлага личния си труд.

Междинно заключение

88. Понятието „самостоятелна заетост“, използвано в Директива 2000/78, обхваща предоставянето на стоки и услуги, когато доставчикът полага личен труд. В този случай потенциален получател на стоки или услуги не може да откаже да сключи договор поради сексуалната ориентация на доставчика.

2. Представлява ли сключването на индивидуален договор „условие за достъп до [...] самостоятелна заетост“ по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78?

89. Полското правителство твърди, че отказът да се сключи индивидуален договор за услуги не попада в обхвата на понятието „условие за достъп до самостоятелна заетост“ по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78. Според него понятието „условие за достъп до самостоятелна заетост“ се отнася само до общите условия за упражняване на някои професии. Полското правителство уточнява по време на съдебното заседание, че това правило визирало само регламентираните професии. В настоящия случай никоя публичноправна норма не възпрепятствала J.K. да предлага своите редакторски услуги. Следователно нямало никакви пречки пред достъпа му до упражняването на това занятие. Поради това индивидуалното решение на потенциалния получател на услугата не представлявало „условие за достъп до […] самостоятелна заетост“. Вместо това подобно решение попадало в обхвата на свободата на лицето да избира с кого да сключи договор.

90. J.K., белгийското, нидерландското и португалското правителство, както и Европейската комисия считат, че член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78 е приложим към отказа да се сключи договор със самостоятелно заето лице поради неговата сексуална ориентация.

91. Съдът е имал повод да изясни понятието „условия за достъп до заетост“ по член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78 в решение по дело LGBTI[40], което също се отнася до дискриминация въз основа на сексуалната ориентация. Съдът най-напред уточнява, че този израз трябва да се тълкува в съответствие с обичайното му значение в общоупотребимия език, като се вземе предвид контекстът, в който е използван, и целите на правната уредба, от която е част[41]. На тази основа той стига до заключението, че под „условия за достъп“ се имат предвид „обстоятелства или факти, които задължително трябва да са налице, за да може дадено лице да бъде назначено на определена длъжност или занятие“[42].

92. Въпреки че в решение LGBTI Съдът посочва само достъпа до заетост, същото е приложимо и към понятието „условия за достъп до […] самостоятелна заетост“, предвид че член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78 се отнася едновременно до заетостта, самостоятелната заетост и упражняването на занятие. Ето защо условията за достъп до самостоятелна заетост обхващат обстоятелства или факти, които задължително трябва да са налице, за да може дадено лице да си осигури определена работа като самостоятелно заето лице.

93. Самостоятелно заетото лице упражнява своята дейност, като сключва договор за услуги или подобен граждански договор. Ако потенциалният получател на услугите на самостоятелно заетото лице поставя условие за достъп до работата, като настоява лицето, което я предоставя, да не е хомосексуално, е ясно, че лице с такава сексуална ориентация не може да си осигури тази конкретна работа.

94. Следователно, ако в хипотезата на традиционно трудово правоотношение отказът да се сключи трудов договор с дадено лице поради неговата сексуална ориентация е забранен от член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78, то отказът да се сключи договор за услуги или подобен договор със самостоятелно заето лице поради неговата сексуална ориентация също трябва да бъде забранен от тази разпоредба, която се отнася както до заетостта, така и до самостоятелната заетост.

95. Накрая бих искала да разгледам един допълнителен въпрос, който беше обсъден по време на съдебното заседание. Дали член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78 би се приложил дори при хипотетично положение, при което самостоятелно заето лице като J.K. не е имало предходни дълготрайни работни отношения, а е кандидатствало за работа за първи път и му е бил отказан договор поради сексуалната му ориентация? С други думи, има ли някакво значение непрекъснатостта на работата?

96. J.K. и Европейската комисия смятат, че не би имало разлика в случай на кандидатстване за първи път. Полското правителство поддържа вече изразената от него позиция, че подобни индивидуални решения не попадат в обхвата на понятието „условия за достъп до […] самостоятелна заетост“.

[40] Точка 39.

[41] Решение Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, точка 32.

[42] Решение Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, точка 33.

97. Споделям становището на J.K. и на Комисията. Хипотезата, визирана от буква а), се отнася до достъпа до работа. Предходните работни отношения нямат връзка с кандидатстването за работа и успешното сключване на договор. С други думи, отказът за сключване на разглеждания в главното производство договор попада в обхвата на член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78 не защото J.K. е имал предходни договори с TP, а защото му е отказан достъп до нова работа поради отказа на TP да сключи нов договор с него.

Междинно заключение

98. Отказът да се сключи индивидуален договор за услуги със самостоятелно заето лице, който е мотивиран със сексуалната ориентация на това лице, попада в обхвата на понятието „условия за достъп до […] самостоятелна заетост“ по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Директива 2000/78.

Б. По приложимостта на член 3, параграф 1, буква в) от Директива 2000/78

99. При конкретните обстоятелства по настоящото дело отказът да се сключи договор с J.K. не само възпрепятства достъпа му до нова работа, но и води до прекратяване на седемгодишните му работни отношения с TP единствено поради неговата сексуална ориентация. Ето защо според мен член 3, параграф 1, буква в) от Директива 2000/78 също е приложим в настоящия случай.

100. Полското правителство твърди, че член 3, параграф 1, буква в) от Директива 2000/78 не е приложим, тъй като, от една страна, самостоятелната заетост не била изрично посочена в тази разпоредба и от друга, самостоятелно заетите лица нямало как да бъдат „уволнени“.

101. Според мен член 3, параграф 1, буква в) от Директива 2000/78 допълва буква а) от същия параграф. Докато втората разпоредба се отнася до достъпа до работа, първата визира условията на работа, включително на нейното прекратяване. Така фактът, че самостоятелната заетост не се споменава в буква в), се дължи по-скоро на неясна законодателна формулировка, отколкото на намерение на законодателя да изключи самостоятелно заетите лица. По-специално, докато член 3, параграф 1, буква а) се отнася както до персоналния, така и до материалния обхват на Директива 2000/78, буква в) визира само нейния материален обхват.

102. По-нататък, действително самостоятелно заетите лица не могат да бъдат уволнени, ако думата „уволнение“ се използва само в контекста на трудовото правоотношение. Това обаче е без значение. В член 3, параграф 1, буква в) от Директива 2000/78 уволнението е посочено като пример за това, което се разбира под понятието „условия за наемане и условия на труд“. Тази разпоредба се прилага към всички условия на работа и на нейното

прекратяване [43].

Междинно заключение

103. Положение като разглежданото в настоящия случай, при което самостоятелно заетото лице вече има установени работни отношения с получателя на услуги, който е отказал да сключи нов договор единствено поради сексуалната ориентация на първото, попада в приложното поле на член 3, параграф 1, буква в) от Директива 2000/78.

В. Може ли да се прави позоваване на свободата на договаряне, за да се обоснове дискриминация, основана на сексуалната ориентация?

104. Друг въпрос, който се подразбира от акта за преюдициално запитване, е дали свободата на договаряне, разбирана като право на свободен избор на договаряща страна, както е предвидено в член 5, параграф 3 от полския закон за равенството, може да бъде изтъкната от TP като основание за изключване на прилагането на Директива 2000/78.

105. Член 2, параграф 5 от Директива 2000/78 предвижда, че прилагането на тази директива може по изключение да бъде изключвано по силата на национални мерки, ако последните са необходими, inter alia, за защитата на правата и свободите на другите. Съдът е уточнил, че тази разпоредба, като изключение от принципа за забрана на дискриминацията, трябва да се тълкува стриктно [44].

106. Може ли член 5, параграф 3 от полския Закон за равенството да се разбира като мярка, която в демократичното общество е необходима за защитата на правата и свободите на другите, по смисъла на член 2, параграф 5 от Директива 2000/78?

107. Член 5, параграф 3 от полския закон за равенството гарантира свободата на избор на страната по договор. Съгласно посочената разпоредба тази свобода може да бъде ограничавана, за да се предотврати дискриминация, основана на пол, раса, етнически произход или народност. Ограничаването на свободата на договаряне обаче не е предвидено в случаите, в които изборът води до дискриминация въз основа на сексуалната ориентация. Така вземането на решение дали да се сключи даден договор или не въз основа на сексуалната ориентация на потенциалната договаряща страна е допустимо по силата на този закон.

108. В приложение на член 2, параграф 5 от Директива 2000/78 национална правна уредба, която допуска дискриминация, основана на сексуалната ориентация, не противоречи на тази директива, ако такава уредба е необходима, за да се гарантира свободата на договаряне.

[43] Освен това следва да се отбележи, че в друг контекст, свързан със свободното движение и правата на гражданите, произтичащи от Директива 2004/38/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно правото на граждани на Съюза и на членове на техните семейства да се движат и да пребивават свободно на територията на държавите членки, за изменение на Регламент (ЕИО) № 1612/68 и отменяща директиви 64/221/ЕИО, 68/360/ЕИО, 72/194/ЕИО, 73/148/ЕИО, 75/34/ЕИО, 75/35/ЕИО, 90/364/ЕИО, 90/365/ЕИО и 93/96/ЕИО (ОВ L 158, 2004 г., стр. 77; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 56), Съдът вече е признал, че принудителното преустановяване на работните отношения със самостоятелно заето лице може да се приравни на принудително прекратяване на трудовото правоотношение с работник или служител. Вж. решения от 20 декември 2017 г., Gusa (C-442/16, EU:C:2017:1004, т. 43), и от 11 април 2019 г., Tarola (C-483/17, EU:C:2019:309, т. 48).

[44] Вж. в този смисъл решение от 13 септември 2011 г., Prigge и др. (C-447/09, EU:C:2011:573, т. 56).

109. Като начало, преди изобщо да пристъпя към проверка за пропорционалност, отбелязвам, че изпитвам известни затруднения при анализа на този въпрос от гледна точка на намирането на равновесие. Защото може ли допускането на дискриминация въз основа на което и да е от забранените основания изобщо да бъде част от свободата на договаряне в едно общество, в което равенството е основополагаща ценност [45]?

110. Ако се приеме обаче, че свободата на договаряне е ограничена от забраната за дискриминация на основанията, изброени в Директива 2000/78, класическият анализ на пропорционалността навежда на извода, че допускането на дискриминация на основание сексуална ориентация не е необходимо в едно демократично общество с оглед защита на свободата на договаряне.

111. Краткият път към извода, че член 5, параграф 3 от полския закон за равенството не е необходим в едно демократично общество с оглед защита на свободата на договаряне, е да се отбележи, че тази разпоредба вече съдържа забрана за дискриминация въз основа на пол, раса или етнически произход при избора на договаряща страна. Това само по себе си показва, че полският законодател не възприема допускането на дискриминация като необходимо за гарантиране на свободата на договаряне в едно демократично общество.

112. Начинът за постигане на равновесие между две основни права е чрез оценка на това дали някое от тях не е било непропорционално ограничено. Като се има предвид, че по силата на член 2, параграф 5 от Директива 2000/78 свободата на договаряне е възможно основание за дерогиране на тази директива, това парадоксално обръща посоката на анализа. Възниква въпросът дали свободата на договаряне е била непропорционално ограничена от Директива 2000/78. Ако се окаже, че това не е така, се налага изводът, че националната правна уредба, която защитава използваната като обосновка свобода (свободата на договаряне), не е необходима в едно демократично общество [46].

[45] В неотдавнашни решения на пленума на Съда той уточнява, че изброените в член 2 ДЕС ценности, в това число равенството, са неразделна част от самата идентичност на Съюза (решения от 16 февруари 2022 г., Унгария/Парламент и Съвет, C-156/21, EU:C:2022:97, т. 232 и от 16 февруари 2022 г., *Полша/Парламент и Съвет* (C-157/21, EU:C:2022:98, т. 264). Самата цел на Директива 2000/78 е да превърне ценността на равенството в реалност, като привежда в действие забраната за дискриминация, закрепена в член 21 от Хартата. От постановяването на решение от 8 април 1976 г., Defrenne (43/75, EU:C:1976:56) (№ 2) насам, равенството се разглежда като социален модел, който Съюзът се стреми на постигне. McCrucated например обяснява, че когато равенството се разбира като правозащитно понятие, принципът на равно третиране има важна роля за засвидетелстването, че целите на Съюза надхвърлят икономическите цели, и обхващат и защитата на европейския социален модел. Вж. *Crudden*, C. The New Concept of Equality. ERA. 2003, p. 19. Вж. и *Waddington*, L. Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discriminatio. Industrial Law Journal, 1999, 133—151, p. 134, където авторът приема, че включването на член 13 ЕО в Договора не е продиктувано главно от желанието за борба с дискриминацията по икономически съображения, а по-скоро от целта за „доближаване на Европа до гражданите“.

[46] Подобно равновесие между правото на защита от дискриминация, предвидено в Директива 2000/78, и свободата на изразяване на мнение, защитена от член 11 от Хартата, Съдът възприема в решение LGBTI, т. 47—57). Съдът постига равновесие между правото на зашита от дискриминация, предвидено в Директива 2000/78, и свободата на сдружаване, защитена в член 12 от Хартата, в решение от 2 юни 2022 г., HK/Danmark и HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, т. 41—47).

113. Приложен към настоящия случай, анализът се извършва както следва. Като за начало следва да се отбележи, че правото, използвано като обосновка, в случая свободата на договаряне, не е абсолютно право [47]. То може да се ограничи със закон с оглед постигането на обществено приемливи цели, при условие че не се засяга същността на това право и ограничението е пропорционално (подходящо и необходимо) на преследваните цели.

114. Изискването ограничаването на свободата на договаряне да се съдържа в закона е спазено, тъй като то е установено в директива на Съюза.

115. На второ място, Директива 2000/78 цели да превърне равенството в областта на „заетостта и упражняването на занятие“ в реалност във всички държави членки на Съюза. Тази директива допринася и за постигането и на други цели, посочени в Договорите. Съгласно съображение 11 от нея „[д]искриминацията, която се основава на религия или убеждения, увреждане, възраст или сексуална ориентация може да възпрепятства постигането […] на високо ниво на заетост и социална закрила, повишаване на жизнения стандарт и качеството на живота, икономическата и социална сплотеност и солидарност, свободното движение на хора“. Ето защо Директива 2000/78 ограничава свободата на договаряне с оглед постигането на равенство и други важни цели на Съюза, които са легитимни.

116. На трето място, тази директива ограничава свободата на избор на договаряща страна само чрез изключване на възможността този избор да се обосновава с някое от изброените основания. Тя не възпрепятства работодателите или други лица в подобно положение да избират най-подходящото лице за работата. В тази насока следва да се отбележи, че съгласно съображение 17 от Директива 2000/78 същата „не изисква избирането, повишението или оставането на работа на лице, което не е компетентно, в състояние или на разположение да изпълнява основните задължения на дадена длъжност […]“. Това за мен е същността на свободата на договаряне.

117. Решението дадено лице да не бъде наето или да бъде уволнено може да се дължи на различни причини, които са от значение за съответната работа [48]. Следователно забраната за дискриминация на изброените основания при избора с кого да се сключи договор не засяга същността на свободата на договаряне.

118. И накрая, ако приемем, че действително е налице ограничение на свободата на договаряне, е необходимо да се докаже, че това ограничение е подходящо и необходимо за постигане на легитимната/легитимните цел(и) на Директива 2000/78. Ще се ограничa до

[47] Следва да се отбележи, че свободата на договаряне е призната от правния ред на Съюза и като едно от основните права, като част от свободата на стопанска инициатива, гарантирана от член 16 от Хартата. Вж. например решение от 21 декември 2021 г., Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, т. 79). Това на първо място означава, че законодателят на Съюза е длъжен да вземе предвид тази свобода при приемането на антидискриминационно законодателство. На второ място, съгласно разбирането за нея в правния ред на Съюза, свободата на договаряне не е абсолютна. Точно обратното, Съдът е постановявал, че свободата на стопанска инициатива, предвидена в член 16 от Хартата, „може да бъде предмет на многобройни видове намеса на публичната власт, които са в състояние да въведат, в общия интерес, ограничения за упражняването на стопанската дейност“. Вж. в тази насока решение от 22 януари 2013 г., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, т. 46); вж. и решение от 21 декември 2021 г., Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, т. 80—81). Във връзка с последния въпрос вж. също *Weatherill*, S. Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of „freedom of contract“., European Review of Contract Law, 2014, 167—182.

[48] За случай на бременна жена, уволнена в рамките на процедура за колективно уволнение, вж. решение от 22 февруари 2018 г., Porras Guisado (C-103/16, EU:C:2018:99, т. 71).

анализ на пропорционалността във връзка с целта за борба с дискриминацията в областта на заетостта и упражняването на занятие, тъй като това е целта, пряко свързана с правното основание, на което е приета тази директива [49].

119. Като изключва възможността за дискриминация въз основа на забранените основания и като изисква в член 17 от нея държавите членки да предвидят ефективни и възпиращи санкции при нейното транспониране, Директива 2000/78 е подходяща да допринесе за борбата с дискриминацията, тъй като може да се очаква, че това ще доведе до постепенното намаляване и в крайна сметка премахване на подобно поведение.

120. Едно общество, свободно от дискриминация въз основа на забранените основания в областта на заетостта и упражняването на занятие, може да се постигне само ако никой, който изисква и търси труда на другиго, не взема предвид характеристиките, изброени в Директива 2000/78. В противен случай лицата, които носят тези характеристики, няма да имат равни шансове да си осигурят заетост. Следователно в общество, в което подобни опасения все още играят роля, забраната на такъв избор и възпирането му чрез подходящи санкции е необходимият минимум за постигането на тази цел. Според мен няма по-малко ограничаваща алтернатива за постигане на целта за премахване на дискриминацията в областта на заетостта и упражняването на занятие.

121. Ето защо, като се има предвид, че свободата на договаряне, която член 5, параграф 3 от полския Закон за равенството има за цел да защити, не е непропорционално ограничена от Директива 2000/78, въпросната разпоредба не може да се тълкува като необходима с оглед защита на свободата на избор на договарящи страни в едно демократично общество.

Междинно заключение

122. Национална разпоредба като член 5, параграф 3 от полския закон за равенството не е необходима с оглед защита на свободата на избор на договаряща страна в едно демократично общество. Следователно тази разпоредба не може да обоснове изключване на прилагането на Директива 2000/78 на основание член 2, параграф 5 от последната.

Г. Задължения на запитващата юрисдикция при противоречие между нормата от националното право и Директива 2000/78

123. Тъй като член 5, параграф 3 от полския закон за равенството не е необходим в едно демократично общество, в разглеждания случай Директива 2000/78 остава приложима към отказа да се сключи договор със самостоятелно заето лице поради сексуалната ориентация на последното.

124. В акта за преюдициално запитване националната юрисдикция уточнява, че член 5, параграф 3 от полския закон за равенството е приложим към фактите по главното производство [50].

[49] Вж. точка 44 от настоящото заключение.

[50] Компетентен да тълкува националното право е само и единствено националният съд. Следователно в рамките на производството по преюдициално запитване Съдът е длъжен да изхожда от тълкуването на националното право, дадено от националния съд. Запитващата юрисдикция уточнява, че според нея видът договор като разглеждания в главното производство попада в приложното поле на полския Закон за равенството по силата на член 4, параграф 2 от този закон и че следователно се прилага и член 5, параграф 3 от същия.

125. Това означава, че запитващата юрисдикция е изправена пред две противоречащи си разпоредби, приложими към висящия пред нея спор: първата разпоредба, съдържаща се в Директива 2000/78, забранява на TP да откаже да сключи договор с J.K. поради факта, че последният е хомосексуалист, и втората разпоредба, съдържаща се в полския Закон за равенството, позволява на TP да откаже да сключи договор с J.K., тъй като последният е хомосексуалист.

126. В правото на Съюза съществува правило, което се прилага в случай на подобно противоречие между две норми, приложими към едни и същи фактически обстоятелства: когато решава делото, националната юрисдикция трябва да приложи нормата на Съюза и да остави без приложение нормата от националното право[51]. Така предимството на правото на Съюза разрешава противоречията между нормите в полза на нормата на Съюза.

127. За пълнота следва да се добави, че предимството функционира като стълкновителна норма и изисква оставянето без приложение на противоречаща национална норма, когато дадена норма на Съюза има директен ефект[52].

128. Директивите имат директен ефект във вертикални ситуации[53]. Доколкото TP е обществена телевизия[54], в съдебната практика е прието, че такава ситуация трябва да се разбира като вертикална за целите на непосредственото прилагане на дадена директива[55]. Ето защо в главното производство J.K. може да се позове на Директива 2000/78 срещу TP.

129. Освен това приложимите разпоредби на Директива 2000/78 (член 3, параграф 1, букви а) и в) са безусловни и достатъчно точни, за да може националната юрисдикция да ги приложи[56]. Видно е, че по силата на тези разпоредби субект като J.K. (самостоятелно заето лице) има право да не бъде дискриминиран поради неговата сексуална ориентация, когато кандидатства за нова работа или за продължаване на съществуващите работни отношения; и е видно, че субект като TP, който търси редакторски услуги, не може да откаже да сключи договор със самостоятелно заето лице само заради неговата сексуална ориентация. Следователно въз основа на приложимите разпоредби на Директива 2000/78 може да се заключи, че на J.K. е предоставено право, че TP има насрещно задължение и че от съдържанието на това право/задължение следва, че позоваването на сексуалната ориентация като критерий за сключване на договор е забранено.

130. При това положение националната юрисдикция не може да приложи член 5, параграф 3 от полския закон за равенството при решаването на висящия пред нея спор. Важно е да се припомни, че подобно задължение на националната юрисдикция не зависи от решението на националния законодател да измени националното право, за да го приведе в съответствие с правото на Съюза. Това обаче не изключва успоредното задължение на националния законодател да направи това.

[51] Решение от 9 март 1978 г., Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, т. 21—23), и от 22 февруари 2022 г., RS (Действие на решенията на конституционен съд) (C-430/21, EU:C:2022:99, т. 62 и 63).

[52] Решение от 24 юни 2019 г., Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, т. 60—64 и 68).

[53] Решения от 5 април 1979 г., Ratti (148/78, EU:C:1979:110, т. 20—23), и от 7 август 2018 г., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, т. 45).

[54] Неин собственик е държавната хазна. Следва да се отбележи, че TP, ответник в производството пред запитващата юрисдикция, не е представило писмени становища и не е участвало в съдебното заседание пред Съда.

[55] Решения от 26 февруари 1986 г., Marshall (152/84, EU:C:1986:84, т. 46—49) и от 10 октомври 2017 г., Farrell (C-413/15, EU:C:2017:745, т. 32—35).

[56] Решения от 19 ноември 1991 г., Francovich и др. (C-6/90 и C-9/90, EU:C:1991:428, т. 11 и 12), от 24 януари 2012 г., Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, т. 33), от 16 юли 2015 г., Larentia + Minerva и Marenave Schiffahrt (C-108/14 и C-109/14, EU:C:2015:496, т. 48—49), и от 8 март 2022 г., Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Директен ефект) (C-205/20, EU:C:2022:168, т. 17—19).

Междинно заключение

131. Член 3, параграф 1, букви а) и в) от Директива 2000/78 е приложим към настоящия случай и има директен ефект. Следователно J.K. може да се позове пред запитващата юрисдикция на наложената спрямо TP забрана да откаже да сключи договор с него, в качеството му на самостоятелно заето лице, поради неговата сексуална ориентация. Ето защо запитващата юрисдикция е длъжна да остави без приложение противоречащата национална разпоредба.

V. Заключение

132. По изложените съображения предлагам на Съда да отговори на поставения от Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Столичен районен съд Варшава, Полша) преюдициален въпрос, както следва:

„Член 3, параграф 1, букви а) и в) от Директива 2000/78/ЕО на Съвета от 27 ноември 2000 година за създаване на основна рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите

трябва да се тълкува в смисъл, че

не допуска национална правна уредба, която позволява отказ за сключване на граждански договор за услуги, по силата на който самостоятелно заето лице трябва да положи личен труд, когато отказът е мотивиран със сексуалната ориентация на това лице“.