Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
TAMARA ĆAPETA
8 päivänä syyskuuta 2022 [1]

Asia C-356/21

J.K.
vastaan
TP S.A.,
muuna osapuolena
PTPA

Ennakkoratkaisupyyntö – Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Varsovan kaupungin piirioikeus, Puola)

Ennakkoratkaisupyyntö – Yhdenvertainen kohtelu työssä ja ammatissa – Direktiivi 2000/78/EY – 3 artikla – Kaikenlaisen seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän kielto – Itsenäinen ammatinharjoittaja – Sopimuksen uusimisesta kieltäytyminen

I Johdanto

1. Perättäisiin lyhytaikaisiin sopimuksiin perustuneen, seitsemän vuotta jatkuneen työskentelysuhteen jälkeen TP, joka on julkinen televisioasema, kieltäytyi allekirjoittamasta uutta leikkauspalveluja koskevaa sopimusta J.K:n kanssa hänen seksuaalisen suuntautumisensa vuoksi. [2]

2. Onko J.K. itsenäisenä ammatinharjoittajana oikeutettu direktiivissä 2000/78 säädettyyn suojaan hänen seksuaaliseen suuntautumiseensa perustuvalta syrjinnältä?

3. Direktiivin 2000/78 soveltamisala on pääasiallinen kysymys, jota unionin tuomioistuinta pyydetään selventämään Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawien (Varsovan kaupungin piirioikeus, Puola) esittämässä ennakkoratkaisupyynnössä.

[1] Alkuperäinen kieli: englanti.

[2] Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin perusti tämän ennakkoratkaisupyynnön siihen olettamaan, että sopimuksen tekemisestä kieltäytymisen vaikuttimena oli J.K:n seksuaalinen suuntautuminen. Päätös siitä, oliko kyseessä syrjintä, kuuluu kyseiselle tuomioistuimelle. Ks. tältä osin yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista 27.11.2000 annetun neuvoston direktiivin 2000/78/EY (EYVL 2000, L 303, s. 16) johdanto-osan 15 perustelukappale ja tuomio 25.4.2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, 42 kohta). Tässä ratkaisuehdotuksessa lähdetään siten siitä olettamasta, että riita-asiaan johtaneessa tilanteessa on kyse seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvasta välittömästä syrjinnästä.

4. Toinen kysymys, joka ennakkoratkaisupyynnössä otetaan esille, koskee syrjintäkiellon ja sopimusvapauden välistä suhdetta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kyseenalaistaa kansallisen säännöksen, jonka mukaan seksuaalinen suuntautuminen voidaan ottaa huomioon yhtenä perusteena päätettäessä siitä, kenen kanssa sopimus tehdään, yhteensopivuuden direktiivin 2000/78 kanssa.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Euroopan unionin oikeus

5. Direktiivin 2000/78 1 artiklassa (jonka otsikko on ”Tarkoitus”) säädetään, että tämän direktiivin tarkoituksena on luoda yleiset puitteet uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän torjumiselle työssä ja ammatissa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen toteuttamiseksi jäsenvaltioissa.

6. Kyseisen direktiivin 2 artiklan (jonka otsikko on ”Syrjinnän käsite”) sanamuoto on seuraava:

”1. Tässä direktiivissä ’yhdenvertaisen kohtelun periaatteella’ tarkoitetaan, ettei minkäänlaista 1 artiklassa tarkoitettuun seikkaan perustuvaa välitöntä tai välillistä syrjintää saa esiintyä.

2. Sovellettaessa 1 kohtaa:

a) välittömänä syrjintänä pidetään sitä, että henkilöä kohdellaan jonkin 1 artiklassa tarkoitetun seikan perusteella epäsuotuisammin kuin jotakuta muuta kohdellaan, on kohdeltu tai voitaisiin kohdella vertailukelpoisessa tilanteessa;

– –

5. Tämä direktiivi ei vaikuta sellaisiin kansallisessa lainsäädännössä säädettyihin toimenpiteisiin, jotka demokraattisessa yhteiskunnassa ovat tarpeen yleisen turvallisuuden ja järjestyksen takaamiseksi ja rikollisuuden estämiseksi, terveyden sekä muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.”

7. Direktiivin 3 artiklassa (jonka otsikko on ”Soveltamisala”) säädetään seuraavaa:

”1. [Euroopan unionille] annetun toimivallan puitteissa tätä direktiiviä sovelletaan kaikkiin henkilöihin sekä julkisella että yksityisellä sektorilla, julkisyhteisöt mukaan lukien, kun kyseessä on:

a) työn tai itsenäisen ammatin harjoittamista koskevat edellytykset, myös valinta- ja työhönottoperusteet, alasta ja ammattiasemasta riippumatta, sekä uralla eteneminen;

– –

c) työolot ja -ehdot, myös irtisanominen ja palkka;

– –”

B Puolan oikeus

8. Euroopan unionin oikeuden tiettyjen säännösten täytäntöönpanosta yhdenvertaisen kohtelun alalla 3.12.2010 annetun lain (Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów prawa Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania; Dz. U. 2020, järjestysnumero 2156 – konsolidoitu versio; jäljempänä yhdenvertaista kohtelua koskeva Puolan laki) 2 §:n 1 momentin mukaan kyseistä ”lakia sovelletaan luonnollisiin henkilöihin ja oikeushenkilöihin sekä sellaisiin elimiin, jotka eivät ole oikeushenkilöitä mutta joille on laissa myönnetty oikeustoimikelpoisuus”.

9. Tarkemmin ottaen yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 4 §:n 2 momentista ilmenee, että kyseistä lakia sovelletaan ”edellytyksiin aloittaa ja harjoittaa elinkeino- tai ammattitoimintaa, mukaan lukien erityisesti työsuhteessa tai työssä siviilioikeudellisen sopimuksen perusteella”.

10. Yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentissa säädetään, että tätä lakia ei sovelleta ”sopimuspuolen valinnan vapauteen, kunhan tämä valinta ei perustu sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään tai kansallisuuteen”.

11. Kyseisen lain 8 §:ssä säädetään seuraavaa:

”1. Kaikki sellainen luonnollisten henkilöiden erilainen kohtelu on kiellettyä, joka perustuu sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään, kansallisuuteen, uskontoon tai vakaumukseen, maailmankatsomukseen, vammaisuuteen, ikään tai seksuaaliseen suuntautumiseen ja joka liittyy

– –

2) edellytyksiin aloittaa ja harjoittaa elinkeino- tai ammattitoimintaa, mukaan lukien erityisesti työsuhteessa tai työssä siviilioikeudellisen sopimuksen perusteella.

– –”

12. Yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 13 §:n sanamuoto on seuraava:

”1. Jokaisella, jonka osalta on loukattu yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, on oikeus vahingonkorvaukseen.

2. Yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkauksiin sovelletaan [siviilikoodeksista 23.4.1964 annetun lain (ustawa – Kodeks cywilny)] – – säännöksiä.”

III Pääasia ja ennakkoratkaisukysymys

13. Vuosina 2010–2017 J.K. teki itsenäisenä ammatinharjoittajana useita perättäisiä lyhytaikaisia sopimuksia TP:n kanssa. TP on yritys, jolla on valtakunnallinen julkinen televisiokanava Puolassa ja jonka ainoa osakkeenomistaja on valtio.

14. J.K:n näiden sopimusten perusteella tekemä työ sisälsi sellaisten esittelyfilmien ja erikoisohjelmien kaltaisten leikattujen aineistojen valmistelua, joita käytettiin myöhemmin kanavan omissa myynninedistämisaineistoissa. Hän työskenteli kanavan sisäisessä organisaatioyksikössä – Redakcja Oprawy i Promocji Programu 1:ssä (kanava 1:n ohjelmien leikkaamisesta ja mainonnasta vastannut toimitus), jonka johtaja oli W.S. J.K:lla oli tehtyihin

urakkatyösopimuksiin perustuneita viikon pituisia työvuoroja, joiden aikana hän valmisteli aineistoa kanavan omiin myynninedistämisohjelmiin. Hänen suora esimiehensä W.S. jakoi J.K:lle ja toiselle, samoja tehtäviä hoitaneelle toimittajalle työvuorot siten, että kummallakin heistä oli kuukaudessa kaksi viikon pituista työvuoroa.

15. Elokuusta 2017 lähtien suunniteltiin TP:n organisaatiorakenteen uudelleenjärjestelyä, jossa J.K:n tehtävät oli määrä siirtää uudelle yksikölle, Agencja Kreacji Oprawy i Reklamylle (luovasta toiminnasta ja mainonnasta vastaava yksikkö). Uudelleenjärjestelyä hoitamaan nimettiin kaksi uutta työntekijää, joiden tehtävänä oli myös tutkia uuteen yksikköön siirrettävien yhteistyökumppaneiden taustat.

16. Loka-marraskuun vaihteessa vuonna 2017 pidetyissä tapaamisissa, joissa oli paikalla toinen uudelleenjärjestelystä vastanneista uusista työntekijöistä, J.K. sai myönteisen arvion ja hänet mainittiin niiden yhteistyökumppaneiden joukossa, jotka olivat läpäisseet taustatarkistuksen.

17. J.K. ja TP tekivät 20.11.2017 urakkatyösopimuksen kuukaudeksi.

18. J.K. sai 29.11.2017 työvuorolistansa joulukuulle 2017. Sen mukaan hänellä olisi kaksi viikon pituista työvuoroa, joista ensimmäinen alkaisi 7.12. ja toinen 21.12.2017.

19. J.K. ja hänen kumppaninsa julkaisivat 4.12.2017 YouTube-kanavallaan eräästä joululaulusta musiikkivideon, jolla pyrittiin edistämään suvaitsevaisuutta samaa sukupuolta olevia pareja kohtaan.

20. Kaksi päivää myöhemmin, 6.12.2017, J.K. sai TP:ltä sähköpostiviestin, jossa ilmoitettiin hänen 7.12.2017 alkavaksi suunnitellun työvuoronsa peruuttamisesta.

21. J.K:lle ilmoitettiin 20.12.2017, ettei hänen tarvitsisi myöskään saapua 21.12.2017 alkavaksi suunniteltuun työvuoroonsa. Hän ei näin ollen suorittanut yhtään sopimuksen mukaista työvuoroa joulukuussa 2017, eikä hänelle maksettu näistä sopimuksessa sovituista palveluista, kuten istunnossa täsmennettiin.

22. J.K. ja TP eivät myöskään tehneet uutta sopimusta (tammikuulle 2018). Ennakkoratkaisupyynnön mukaan päätöksen yhteistyön päättämisestä J.K:n kanssa tekivät organisaation uudelleenjärjestelyn toteuttamisesta vastanneet henkilöt.

23. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawiessa, joka on ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin, nostamassaan kanteessa J.K. vaatii, että TP velvoitetaan maksamaan hänelle 47 924,92 Puolan złotya (PLN) (noin 10 130 euroa) lakisääteisine viivästyskorkoineen, jotka lasketaan kanteen nostamispäivästä maksupäivään saakka. Määrä sisältää 35 943,69 złotyn (noin 7 600 euron) suuruisen vahingonkorvauksen ja 11 981,23 złotyn (noin 2 530 euron) suuruisen henkiseen kärsimykseen perustuvan korvauksen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaamisesta seksuaalisen suuntautumisen perusteella välittömänä syrjintänä, joka koskee edellytyksiä aloittaa ja harjoittaa elinkeinotoimintaa siviilioikeudellisen sopimuksen perusteella.

24. Kanteensa tueksi J.K. väittää joutuneensa TP:n harjoittaman, hänen seksuaaliseen suuntautumiseensa perustuvan välittömän syrjinnän kohteeksi. Hän väittää, että todennäköinen syy työvuorojen peruuttamiseen ja hänen ja TP:n välisen yhteistyön päättämiseen oli edellä mainitun joululaulusta tehdyn musiikkivideon julkaiseminen YouTubessa.

25. TP vaatii kanteen hylkäämistä ja väittää, ettei sen käytännöissä sen enempää kuin laissakaan taata liiketoimintasopimusten uusimista.

26. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selittää, ettei ole selvää, missä määrin itsenäiset ammatinharjoittajat kuuluvat direktiivissä 2000/78 annettavan suojan piiriin. Se on myös epävarma siitä, onko yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentti, jota kyseisen tuomioistuimen mukaan voidaan soveltaa käsiteltävän asian olosuhteisiin, yhteensopiva mainitun direktiivin kanssa.

27. Tässä tilanteessa Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko [direktiivin 2000/78] 3 artiklan 1 kohdan a ja c alakohtaa tulkittava siten, että niiden mukaan on sallittua, että sopimuspuolen valinnan vapaus suljetaan pois [direktiivin 2000/78] soveltamisalasta ja että siten myös suljetaan pois kansallisessa oikeudessa [kyseisen direktiivin] 17 artiklan nojalla käyttöön otettujen seuraamusten soveltaminen, kunhan kyseinen valinta ei perustu sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään tai kansallisuuteen, silloin, kun syrjintä ilmenee sellaisen siviilioikeudellisen sopimuksen tekemättä jättämisenä, jossa itsenäistä elinkeinotoimintaa harjoittava luonnollinen henkilö sitoutuu työsuorituksiin, ja kun tällainen tekemättä jättäminen perustuu mahdollisen sopimuspuolen seksuaaliseen suuntautumiseen?”

28. Kirjallisia huomautuksia esittivät J.K., Belgian, Alankomaiden, Puolan ja Portugalin hallitukset sekä Euroopan komissio. J.K., Puolan hallitus ja komissio esittivät suullisia lausumia 31.5.2022 pidetyssä istunnossa.

IV Asian tarkastelu

29. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyrkii ymmärtääkseni kysymyksellään lähinnä selvittämään, onko sen sovellettava yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momenttia ratkaistessaan, onko TP:n maksettava J.K:lle korvauksia tämän seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvasta syrjinnästä.

30. Unionin oikeudessa tämä riippuu direktiivin 2000/78 sovellettavuudesta. Jos J.K. voi vedota kyseisen direktiivin 3 artiklaan sen mahdollisuuden sulkemiseksi pois, että TP voi ottaa hänen seksuaalisen suuntautumisensa huomioon perusteena olla tekemättä sopimusta hänen kanssaan, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen olisi jätettävä soveltamatta yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momenttia asiaa ratkaistessaan.

31. Olennainen kysymys on näin ollen se, kuuluuko se, että sopimuksen tekemisestä kieltäydytään mahdollisen sopimuspuolen seksuaalisen suuntautumisen vuoksi, direktiivin 2000/78 soveltamisalaan, ja tarkemmin ottaen, onko tällainen sopimus ”itsenäisen ammatin harjoittamista koskeva” edellytys, kuten sen 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa säädetään.

32. Käsiteltävän asian erityispiirteiden vuoksi asian kannalta merkityksellinen säännös, jota mahdollisesti myös voidaan soveltaa, on direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan c alakohta.

33. Etenen näin ollen seuraavasti. Ensin tarkastelen sitä, käsittääkö direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohta käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaiset tilanteet (A). Tältä osin selitän, miten kyseisessä säännöksessä käytetty itsenäisen ammatin harjoittamisen

käsite on ymmärrettävä ja miten, jos ylipäätään, se on rajattava pois tavaroiden ja palvelujen tarjoamisen käsitteestä. Sen jälkeen esitän, että yksittäisen sopimuksen tekeminen kuuluu direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohtaan sisältyvään käsitteeseen ”itsenäisen ammatin harjoittamista koskevat edellytykset”. Seuraavassa jaksossa (B) käsittelen lyhyesti kysymystä siitä, voidaanko kyseisen direktiivin 3 artiklan 1 kohdan c alakohtaa soveltaa käsiteltävään asiaan, koska ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittasi myös kyseiseen säännökseen muotoilemassaan ennakkoratkaisukysymyksessä. Todettuani, että molempia säännöksiä voidaan soveltaa, tarkastelen sitä, mahdollistaako sopimusvapaus, sellaisena kuin se on pantu täytäntöön yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentilla, direktiivin 2000/78 soveltamatta jättämisen (C) ja, ellei näin ole, mitkä ovat unionin oikeudesta johtuvat seuraukset yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentille ja mitkä ovat ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen unionin oikeuden mukaiset velvoitteet (D).

A Direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan sovellettavuus

34. Direktiiviä 2000/78 sovelletaan sen 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan ”työn tai itsenäisen ammatin harjoittamista koskeviin edellytyksiin”.

35. Kyseisessä säännöksessä viitataan siten nimenomaisesti itsenäisiin ammatinharjoittajiin. Yksikään tämän menettelyn osapuolista ei ole kiistänyt sitä, että J.K:ta voitaisiin pitää itsenäisenä ammatinharjoittajana. Miksi kysymys kyseisen säännöksen sovellettavuudesta sitten tulee ylipäätään esille?

36. Ensinnäkin, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyynnössään totesi, unionin tuomioistuin ei ole vielä selventänyt direktiivissä 2000/78 käytettyä itsenäisen ammatin harjoittamisen käsitettä. Koska direktiivissä 2000/78 ei viitata jäsenvaltioiden lainsäädäntöön, kyseistä käsitettä olisi tulkittava unionin oikeuden itsenäisenä käsitteenä, jonka merkityksen ja soveltamisalan selventäminen kuuluu unionin tuomioistuimelle.[3] Tämä ennakkoratkaisupyyntö tarjoaa siten unionin tuomioistuimelle tilaisuuden tähän.

37. Toiseksi Puolan hallitus väittää, että vaikka J.K. onkin itsenäinen ammatinharjoittaja, sopimuksen tekeminen tällaisen henkilön kanssa ei ole itsenäisen ammatin harjoittamisen edellytys.

38. Selitän näin ollen ensin, että ”itsenäisen ammatin harjoittaminen”, sellaisena kuin siitä säädetään direktiivissä 2000/78, käsittää nähdäkseni tavaroiden ja palvelujen tarjoamisen, kun ne koostuvat henkilön omasta työpanoksesta, jonka niiden tarjoaja on antanut tällaisiin tavaroihin tai palveluihin. Seuraavaksi selitän, että itsenäiselle ammatinharjoittajalle sopimuksen tekeminen sellaisen henkilön kanssa, jolle hänen on tarkoitus antaa oma työpanoksensa, on itsenäisen ammatin harjoittamisen edellytys. Molempien selitysten perusteella voidaan päätellä, että direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohtaa sovelletaan käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaiseen tilanteeseen.

1. Direktiiviin 2000/78 sisältyvä itsenäisen ammatin harjoittamisen käsite

39. Direktiivissä 2000/78 ei määritellä ”itsenäisen ammatin harjoittamista”.

[3] Tuomio 25.6.2020, A ym. (Tuulivoimalat – Aalter ja Nevele) (C-24/19, EU:C:2020:503, 75 kohta).

40. Oikeuskirjallisuudessa on huomautettu, että itsenäisen ammatin harjoittamista käytetään usein jäännösluokkana, ”eräänlaisena käsitteellisenä kaatopaikkana, jonne heitetään kaikki ne työsuhteet, jotka eivät sovi työnantajan alaisuudessa tehtävän työn (usein ahtaaseen) muottiin”.[4] Siten työn kaksiosaisessa jaottelussa henkilö, joka tekee työtä, on joko työntekijä tai itsenäinen ammatinharjoittaja.[5]

41. Entä jos henkilön työ voidaan samanaikaisesti luokitella tavaroiden tai palvelujen tarjoamiseksi toisille? Henkilö, joka esimerkiksi siivoaa jonkun asunnon korvausta vastaan tai leipoo kakun jonkun syntymäpäiville korvausta vastaan, tarjoaa palvelun (siivous) tai tavaran (kakun) omalla työllään. Jos esimerkin mukaiset henkilöt saavat näin elantonsa, voimme pitää heitä samanaikaisesti itsenäisinä ammatinharjoittajina ja tavaroiden tai palvelujen tarjoajina. Heidän tavaroidensa tai palvelujensa vastaanottajina me ”ostamme” samanaikaisesti heidän työtään ja tämän työn lopputuotteen.

42. Kuuluvatko nämä tarjoajat siinä tapauksessa direktiiviin 2000/78 sisältyvään itsenäisen ammatin harjoittamisen käsitteeseen?

43. Ennen kuin jatkan tästä, on tarpeen selittää, miksi kysymys itsenäisen ammatin harjoittamisen ja tavaroiden ja palvelujen tarjoamisen erottamisesta toisistaan ylipäätään tulee esille direktiivin 2000/78 yhteydessä.

44. Kyseinen direktiivi on yksi direktiiveistä, jotka annettiin nykyisen SEUT 19 artiklan[6] nojalla, jolla Euroopan unionille annettiin toimivalta torjua syrjintää. Direktiivissä 2000/78 kielletään useisiin seikkoihin, kuten seksuaaliseen suuntautumiseen, perustuva syrjintä.[7] Kyseisellä direktiivillä ei kuitenkaan voida yleisesti torjua[8] eikä torjuta näihin kiellettyihin seikkoihin perustuvaa syrjintää. Unionin lainsäätäjä rajasi kyseisen direktiivin ”taistelukentän” koskemaan ”työtä ja ammattia”.[9]

45. Samanaikaisesti, aina vuodesta 2008 lähtien unionin lainsäädännön valmistelussa on ollut ehdotus[10] toiseksi direktiiviksi. Kun (ja jos) kyseinen direktiivi hyväksytään,[11] sen tavoitteena on torjua samoihin kiellettyihin perusteisiin kuin ne, joista säädetään direktiivissä 2000/78, perustuvaa syrjintää siinä kuvatulla alalla, johon kuuluvat muun muassa ”tavaroiden ja palvelujen saatavuus ja tarjonta”. Onkin selvää, ettei unionin lainsäätäjä ole (vielä) säännellyt ”tavaroiden ja palvelujen saatavuutta ja tarjontaa” kieltääkseen seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän niiden osalta.

4 Countouris, N. ja De Stefano, V., *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bryssel, 2019, s. 34.

5 Countouris ja De Stefano (ibid.) toteavatkin seuraavaa: ”jos kyseessä ei ole työantajan palveluksessa oleva työntekijä, jos työtä ei tehdä työnantajan valvonnassa tai johdon alaisena, jos työ ei ole osa liiketoimintaa tai jos työhön ei liity mitään erityistä liiketoimintariskiä, useimmissa oikeusjärjestelmissä yksinkertaisesti oletetaan, että kyseinen henkilö on itsenäinen ammatinharjoittaja”.

6 Kyseinen oikeusperusta sisällytettiin perussopimuksiin Amsterdamin sopimuksella, ja direktiivin 2000/78 antamisajankohtana se oli EY:n perustamissopimuksen 13 artikla.

7 Kuten direktiivin 2000/78 1 artiklassa täsmennetään, kyseisessä direktiivissä kielletään uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai seksuaaliseen suuntautumiseen perustuva syrjintä.

8 SEUT 19 artiklassa annetaan EU:lle valtuudet torjua syrjintää ainoastaan perussopimuksissa sille annetun toimivallan rajoissa.

9 Ks. direktiivin 2000/78 otsikko ja 1 artikla.

10 Ehdotus neuvoston direktiiviksi uskonnosta tai vakaumuksesta, vammaisuudesta, iästä tai seksuaalisesta suuntautumisesta riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta (KOM(2008) 426 lopullinen).

11 Sen lainsäädäntöhistoriasta ilmenee, että tärkeimmät kyseisen direktiivin hyväksymistä hidastavat tekijät ovat i) kustannukset, joita liittyy tavaroiden ja palvelujen syrjimättömän saatavuuden mahdollistamiseen vammaisille henkilöille, ja ii) toissijaisuusperiaate. Ks. vastaavasti Euroopan unionin neuvosto, *Tilanneselvitys*, asiakirja nro 14046/21, 23.11.2021.

46. Estääkö se, että lainsäädäntöehdotuksessa käytetään sanamuotoa ”tavaroiden ja palvelujen saatavuus ja tarjonta”, mahdollisuuden sisällyttää direktiivin 2000/78 soveltamisalaan sellaisten tavaroiden ja palvelujen tarjoajat, jotka ovat seurausta näiden henkilökohtaisesta työpanoksesta? Mielestäni näin ei ole.

47. Direktiiviin 2000/78 sisältyvän ilmaisun ”työssä ja ammatissa” merkitystä sen enempää kuin ehdotukseen uudeksi direktiiviksi [12] sisältyvän ilmaisun ”tavaroiden ja palvelujen saatavuus ja tarjonta” merkitystäkään ei selitetä lähemmin asianomaisissa teksteissä. Unionin tuomioistuin ei ole vielä määritellyt näitä ilmaisuja eikä siten myöskään niiden käyttöä direktiivissä 2000/43 [13], joka direktiivistä 2000/78 poiketen käsittää sekä ”työn ja ammatin” että ”tavaroiden ja palvelujen saatavuuden ja tarjonnan”. [14]

48. Vastaus kysymykseen, onko henkilö, joka tarjoaa omaa työpanostaan tarjoamalla tavaroita tai palveluja, direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettu itsenäinen ammatinharjoittaja, riippuu siitä tulkinnasta, mitä ilmaisulla ”työssä ja ammatissa” tarkoitetaan, koska tämä ilmaisu kuvaa direktiivin 2000/78 soveltamisalaa. Jos tavaroiden ja palvelujen tarjoaminen, joka on itsenäisenä ammatinharjoittajana suoritetun henkilökohtaisen työpanoksen tulos, kuuluu kyseiseen ilmaisuun, sanamuodon ”tavaroiden ja palvelujen tarjonta” käyttö lainsäädäntöehdotuksessa (ottamatta mitenkään etukäteen kantaa sen tulkintaan) ei estä direktiivin 2000/78 soveltamista tällaisiin itsenäisiin ammatinharjoittajiin.

49. Mitä sanamuodolla ”työssä ja ammatissa” näin ollen tarkoitetaan (ja mitä ei)?

a) ”Työssä ja ammatissa”

50. Direktiivin 2000/78 1 artiklan mukaan tämän direktiivin tarkoituksena on torjua siinä lueteltuihin seikkoihin perustuvaa syrjintää ”työssä ja ammatissa”.

51. Unionin lainsäätäjä ei ole täsmentänyt, mitä näillä käsitteillä tarkoitetaan. Useat direktiivin 2000/78 johdanto-osan perustelukappaleet tarjoavat kuitenkin jonkinlaista osviittaa. Sen johdanto-osan neljännessä perustelukappaleessa viitataan Kansainvälisen työjärjestön (ILO) yleissopimukseen n:o 111, jossa käytetään kyseistä sanamuotoa. Mainitussa yleissopimuksessa kielletään työhön ja ammattiin, joiden ymmärretään käsittävän ”kaikki työntekijät”, myös itsenäiset ammatinharjoittajat, liittyvä syrjintä. [15]

52. Direktiivin 2000/78 johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa selitetään, että ”työ ja ammatti ovat keskeisiä tekijöitä yhtäläisten mahdollisuuksien takaamisessa kaikille, ja niiden kautta kansalaiset voivat osallistua täysimittaisesti talous-, kulttuuri- ja yhteiskunnalliseen elämään sekä kehittyä henkilökohtaisesti”.

[12] Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 10.

[13] Rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta 29.6.2000 annettu neuvoston direktiivi 2000/43/EY (EYVL 2000, L 180, s. 22).

[14] Direktiivi 2000/43, jossa kielletään rotuun tai etniseen alkuperään perustuva syrjintä, annettiin myös nykyisen SEUT 19 artiklan nojalla suunnilleen samaan aikaan kuin direktiivi 2000/78, mikä tekee käsitteiden käytöstä näissä kahdessa direktiivissä vertailukelpoista.

[15] Ks. tältä osin De Stefano, V., ”Not as simple as it seems: The ILO and the personal scope of international labour standards”, *International Labour Review*, 2021, s. 387–406, sivulla 399. Ks. myös Schubert, C., *Economically-dependent Workers as Part of a Decent Economy*, Beck/Hart/Nomos, 2022, s. 237.

53. Nämä kaksi johdanto-osan perustelukappaletta [16] viittaavat siihen, että direktiivillä 2000/78 pyritään suojelemaan kaikkia henkilöitä, jotka osallistuvat yhteiskuntaan työnsä kautta.

54. Tällainen tulkinta on hyväksytty oikeuskäytännössä. Ratkaisuehdotuksessaan HK julkisasiamies Richard de la Tour katsoi, että ”direktiivin tarkoituksena on poistaa yhteiskunnalliseen ja yleiseen etuun liittyvistä syistä kaikki syrjiviin seikkoihin perustuvat esteet toimeentulon hankkimiselle ja yhteiskuntaan työn kautta osallistumiselle riippumatta suoritetun työn oikeudellisesta muodosta”. [17] Unionin tuomioistuin vahvisti tämän näkemyksen äskettäisessä asiassa HK antamassaan tuomiossa. [18]

55. Olen täysin samaa mieltä. Direktiivin 2000/78 tarkoitusta voidaan tulkita siten, että sen tarkoituksena on estää muun muassa seksuaaliseen suuntautumiseen perustuva syrjintä henkilön työelämässä. [19] Koska direktiivi käsittää ”työn ja ammatin”, sen tarkoituksena on antaa kansalaisille mahdollisuudet käyttää kykyjään ja ansaita elantonsa tekemällä työtään.

56. Tämä työn merkitys yksilön itsensä toteuttamiselle tunnustetaan Euroopan unionin perusoikeuskirjassa (jäljempänä perusoikeuskirja). Sen 15 artiklan 1 kohdassa määrätään, että jokaisella on oikeus tehdä työtä ja harjoittaa vapaasti valitsemaansa tai hyväksymäänsä ammattia. [20]

57. Direktiivillä 2000/78 pyritään siten suojelemaan syrjinnältä niitä, jotka tekevät työtä, ja sen 3 artiklan 1 kohdan a alakohdalla pyritään mahdollistamaan syrjimätön pääsy työhön.

58. Miten ”työ” olisi ymmärrettävä direktiivin 2000/78 soveltamisalan määrittämiseksi? Viimeaikaisessa oikeuskäytännössä on vahvistettu, että direktiivin 2000/78 soveltamisalaa on tulkittava laajasti [21] ja että se ei rajoitu pelkästään SEUT 45 artiklassa tarkoitettujen ”työntekijöiden” hoitamien tehtävien harjoittamista koskeviin edellytyksiin. [22]

[16] Ks. myös perustelut ehdotukselle neuvoston direktiiviksi yhtäläistä kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista. Kyseisistä perusteluista, joissa kuvattiin tulevaa direktiivin 2000/78 3 artiklaa, ilmenee erityisesti, että ”yhtäläinen kohtelu mahdollisuuksissa työnsaantiin tai itsenäiseen ammatinharjoittamiseen – – merkitsee kaiken sellaisen syrjinnän poistamista, joka johtuu jostakin säännöksestä, jolla *estetään henkilön pääsy työhön tai ammattiin*”. Kursivointi tässä.

[17] Julkisasiamies Richard de la Tourin ratkaisuehdotus HK v. Danmark ja HK v. Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, 37 kohta).

[18] Tuomio 2.6.2022, HK v. Danmark ja HK v. Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, 34 kohta).

[19] Ks. tältä osin direktiivin 2000/78 ruotsinkielinen versio, jossa direktiivin 1 artiklassa käytetään ilmaisua ”työelämä” (”*arbetslivet*”) vastineena englanninkieliselle ilmaisulle ”employment and occupation” tai ranskankieliselle sanamuodolle ”*emploi et travail*”.

[20] Työn merkitystä yksilön itsensä toteuttamiselle on myös korostettu oikeuskäytännössä. Ratkaisuehdotuksessaan Coleman (C-303/06, EU:C:2008:61, 11 kohta) julkisasiamies Poiares Maduro totesi, että ”mahdollisuudella työhön ja ammatilliseen kehittymiseen on perustavanlaatuinen merkitys jokaiselle yksilölle, ei pelkästään elannon hankkimiskeinona vaan myös tärkeänä itsensä toteuttamisen ja kykyjen käyttämisen keinona”. Julkisasiamies Sharpston piti samaa lainausta tärkeänä direktiivin 2000/78 soveltamisalan ymmärtämisen kannalta ratkaisuehdotuksessaan Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2019:922, 44 kohta).

[21] Tuomio 23.4.2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, 39 kohta) (jäljempänä tuomio LGBTI). Ks. myös julkisasiamies Sharpstonin kyseisessä asiassa esittämä ratkaisuehdotus (C-507/18, EU:C:2019:922, 42 kohta). Unionin tuomioistuin toisti tuomiossa HK, että ilmaisut ”työ”, ”itsenäinen ammatinharjoittaminen” ja ”ammatti” on ymmärrettävä laajassa merkityksessä, kuten ilmenee direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan eri kieliversioiden vertailusta ja niissä käytetyistä yleisistä ilmaisuista. Tuomio 2.6.2022, HK v. Danmark ja HK v. Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, 27 kohta).

[22] Tuomio 2.6.2022, HK v. Danmark ja HK v. Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, 29 kohta). Ks. myös saman tuomion 28 kohta, jossa unionin tuomioistuin totesi, että ”sen lisäksi, että mainittu säännös koskee nimenomaisesti itsenäisen ammatin harjoittamista, myös ilmaisuista ’työ’ ja ’ammatti’ niiden tavanomaisessa merkityksessä ilmenee, että unionin lainsäätäjän tarkoituksena ei ole ollut rajata direktiivin 2000/78 soveltamisalaa tehtäviin, joita hoitaa SEUT 45 artiklassa tarkoitettu työntekijä”.

59. Suojellessaan niitä, jotka tekevät työtä, direktiivi 2000/78 ei siten koske ainoastaan vapaata liikkuvuutta koskevassa lainsäädännössä tai SEUT 153 artiklan perusteella annetussa johdetussa oikeudessa tarkoitettuja ”työntekijöitä”.[23] Vaikka direktiivi 2000/78 ei rajoitukaan SEUT 45 artiklassa tarkoitettuihin ”työntekijöihin”, myös he kuuluvat tietysti sen soveltamisalaan.[24]

60. 2000-luvu edellyttää, että työtä tekevä henkilö käsitetään aiempaa laajemmin.[25] Nykyisin henkilö, joka tekee työtä, on sellainen, joka käyttää aikaansa, tietämystään, taitojaan, energiaansa ja usein innostustaan tarjotakseen palvelun tai luodakseen tuotteen jollekulle toiselle eikä itselleen, mistä kyseiselle henkilölle on (lähtökohtaisesti) luvattu korvaus.

61. Direktiivillä 2000/78 pyritään tasoittamaan syrjimätöntä pääsyä kaikenlaiseen työhön, jota tehdään tapana ansaita elanto, kaikissa eri muodoissa, joissa työtä voidaan tarjota. Kun direktiivin 2000/78 tarkoitus ymmärretään tällä tavalla, ei ole mitään perustetta – kuten seuraavassa jaksossa selitän – jättää sen soveltamisalan ulkopuolelle itsenäisen ammatin harjoittamista, joka koostuu tavaroiden tai palvelujen tarjoamisesta sen oikeudellisesta muodosta riippumatta.

b) Työn moninaisuus ja se, miksi tavaroiden tai palvelujen tarjoamista ei voida jättää direktiivin 2000/78 ulkopuolelle

62. Työ viittaa sekä toimintaan että tämän toiminnan tulokseen.[26] Syrjinnän vastaisen lainsäädännön ”työssä ja ammatissa” soveltamisen kannalta on merkityksetöntä, luovuttaako työntekijä työnsä tuloksen sen vastaanottajalle etukäteen, kuten perinteisessä työsuhteessa, vai tarjoaako hän sen tavarana tai palveluna vastaanottajille jälkikäteen. Molemmissa tapauksissa työntekijä ansaitsee elantonsa ja osallistuu yhteiskuntaan antamalla oman työpanoksensa.

63. Samaa työtä voidaan tehdä monessa muodossa, vaikka perinteinen ansiotyö, joka ymmärretään kokoaikaisena, vakituisena ja alisteisessa ja kahdenvälisessä työsuhteessa[27] tehtävänä työnä, onkin edelleen yleisin malli. Epätyypilliset työsuhteet ovat kuitenkin yleistyneet,[28] mikä aiheuttaa pirstaloitumista työmarkkinoilla[29] ja asettaa sääntelylle uusia haasteita.[30]

[23] Sisämarkkinoilla ja työtä koskevassa unionin johdetussa oikeudessa käytettävän työntekijän käsitteen kehityksestä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ks. Countouris, N., ”The Concept of ’Worker’ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope”, *Industrial Law Journal*, 2018, s. 192–225 ja Goldner Lang, I., ”Sloboda kretanja radnika”, teoksessa Ćapeta, T. ja Goldner Lang, I. (toim.), *Pravo unutarnjeg tržišta Europske unije*, Narodne Novine, Zagreb, 2021, s. 77–110.

[24] Ks. tältä osin julkisasiamies Richard de la Tourin ratkaisuehdotus HK v. Danmark ja HK v. Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, 35 kohta).

[25] Ks. tältä osin Supiot, A., ”Homo faber: continuités et ruptures”, teoksessa Supiot, A. (toim.), *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l’OIT*, éditions de l’Atelier, Pariisi, 2019, s. 15–41.

[26] Ks. tältä osin myös Supiot, A., ”Homo faber: continuités et ruptures”, teoksessa Supiot, A. (toim.), *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l’OIT*, éditions de l’Atelier, Pariisi, 2019, s. 15–41, s. 17 ja Dujarier, M.-A., *Troubles dans le travail, Sociologie d’une catégorie de pensée*, puf, Pariisi, 2021, s. 365 ja 366.

[27] Näin ”tavanomaista työsuhdetta” kuvattiin epätyypillisiä työsuhteita koskevassa ILO:n tutkimuksessa. Ks. *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, ILO, Geneve, 2016, s. 7. Ks. myös tutkimuksen sivulla 52 oleva kartta.

[28] Ibid.

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

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

64. Henkilö voi ansaita elantonsa työskentelemällä ainoastaan yhdelle tai useammalle ”työnantajalle”, pitempi- tai lyhytaikaisesti, osa-aikaisesti tai ainoastaan kausiluonteisesti, yhdessä paikassa tai eri paikoissa sekä käyttäen omia tai jonkun toisen työvälineitä. Työstä voidaan myös sopia aikaperusteisesti (esimerkiksi 20 tuntia kuukaudessa) tai tehtäväperusteisesti (esimerkiksi kuuden seinän maalaaminen valkoiseksi). [31]

65. On siten erilaisia tapoja, joilla henkilö voi tehdä samaa työtä. Tämä tarkoittaa myös, että samaa työtä voidaan tehdä erilaisissa oikeudellisissa kehyksissä. Oikeudellinen kehys, jota sovelletaan saatavilla olevaan tietyntyyppiseen työhön, voi vaihdella jäsenvaltiosta toiseen.

66. Näiden erilaisten oikeudellisten kehysten ei siten pitäisi olla merkityksellisiä direktiivin 2000/78 soveltamisen kannalta. Sen soveltamisen kannalta tärkeää on se, että henkilö *antaa henkilökohtaisen työpanoksensa* riippumatta siitä, missä oikeudellisessa muodossa työtä tehdään.

67. Ajatus ”henkilökohtaisesta työpanoksesta” on kehittynyt työlainsäädännön alalla vastauksena työn pirstaloitumiseen, minkä seurauksena monet yksilöt ovat jääneet vaille työlainsäädännön tarjoamaa suojaa, koska he eivät kuulu perinteiseen käsitykseen työntekijästä. [32] Henkilökohtaista työpanosta on siten ehdotettu perusteeksi sen määrittämiselle, mitkä työntekijät saavat työlainsäännön mukaisia oikeuksia ja mitkä työntekijät eivät.

68. Työoikeusjuristeilla kuitenkin on tapana sisällyttää työlainsäädännön soveltamisalaan kaikki työntekijät, jotka tarjoavat palveluja henkilökohtaisesti, mutta jättää sen ulkopuolelle ne työntekijät, jotka ”harjoittavat aidosti liiketoimintaa omaan lukuunsa”. [33]

69. Unionin syrjinnän vastaisen lainsäädännön olisi mielestäni perustuttava vieläkin laajempaan henkilökohtaisen työpanoksen käsitykseen, jossa ulkopuolelle ei jätetä yrityksiä, [34] jos yrityksen omistaja antaa henkilökohtaisen työpanoksensa.

70. Syynä tähän ovat syrjinnän vastaisen lainsäädännön ja työlainsäädännön erilaiset tavoitteet.

71. Työlainsäädännöllä (jonka oikeusperustana EU:ssa on SEUT 153 artikla) pyritään suojelemaan työntekijää henkilöltä, jolle hän tarjoaa tavaroita tai palveluja, sen olettaman perusteella, että hän on alisteisessa ja siten heikommassa asemassa tällaisessa suhteessa, jossa työskentely tapahtuu.

[31] Collins selittää, että henkilökohtainen työ voi perustua sopimukseen, jossa sovitaan työhön käytettävästä ajasta, tai sopimukseen, jossa sovitaan suoritettavasta työstä. Taloudelliselta kannalta katsoen voi olla erilaisia syitä, joista useimmat liittyvät riskien jakautumiseen, siihen, miksi sovitaan tietynlaisesta työstä. Tältä osin ks. Collins, H., ”Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment”, *Oxford Journal of Legal Studies*, osa 10(3), 1990, s. 362.

[32] Henkilökohtaisen työpanoksen ajatuksesta ks. esim. Freedland, M. ja Countouris, N., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, OUP, Oxford, 2011, s. 5 ja 42; Supiot, A., ”Towards a European policy on work”, teoksessa Countouris, N. ja Freedland, M. (toim.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, CUP, Cambridge, 2013, s. 19–35, s. 35 ja Countouris, N. ja De Stefano, V., *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bryssel, 2019, s. 64.

[33] Tällaista henkilökohtaisen työsuhteen määritelmää ehdottivat N. Countouris ja V. De Stefano teoksessaan *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bryssel, 2019, s. 65: ”ajatusta ’henkilökohtaisesta työsuhteesta’ voidaan käyttää työlainsäädännön henkilöllisen soveltamisalan määrittelemiseen siten, että sitä voidaan soveltaa henkilöön, jonka joku toinen on pestannut tekemään työtä, ellei kyseinen henkilö harjoita aidosti liiketoimintaa omaan lukuunsa”.

[34] Ks. myös vastaavasti C. Barnard, joka selittää, että on myös niitä, jotka väittäisivät, että viittaus ”itsenäisiin ammatinharjoittajiin” käsittää yhdenvertaisuuslainsäädännön alalla myös riippumattomat itsensätyöllistäjät (yrittäjät). Teoksessa: *EU Employment Law*, OUP, Oxford, 2012, 4. painos, s. 348.

72. Direktiivillä 2000/78, jonka oikeusperustan muodostaa nykyisin SEUT 19 artikla, on erilainen tavoite.[35] Se on väline, jolla luodaan kaikille yhtäläiset mahdollisuudet työskennellä. Tämä mahdollisuuksien yhtäläisyys edellyttää, ettei muun muassa seksuaalinen suuntautuminen rajoita henkilön pääsyä työhön. Direktiivin 2000/78 täytäntöönpanon olisi siten johdettava lopputulokseen, jossa työpanosta tarvitsevasta henkilöstä tai yrityksestä tulee ”sokea” mahdollisen työn tarjoajan erityispiirteille, joiden perusteella syrjiminen on kiellettyä, seksuaalinen suuntautuminen mukaan luettuna.

73. Tästä syystä tavaroiden ja palvelujen tarjoamista henkilökohtaisen työpanoksen muotona ei voida jättää direktiivin 2000/78 soveltamisalan ulkopuolelle.

74. Saanen selittää esimerkin avulla, mitä tarkoitan. Naisella on IT-osaamista, ja hän osaa esimerkiksi luoda ohjelmiston, jossa käytetään koneoppimisen algoritmeja. Ensimmäinen mieleen tuleva vaihtoehto, joka mukaan hän voi tehdä osaamistaan vastaavaa työtä, on se, että hän työskentelee ohjelmistokehitysyrityksessä palkattuna työntekijänä kokoaikaisen työsopimuksen perusteella.

75. Hänestä voi kuitenkin olla epätyydyttävää työskennellä ainoastaan yhdelle yritykselle, joten hän voi päättää tarjota samaa työtä itsenäisenä ammatinharjoittajana useille yrityksille. Hän voi esimerkiksi yrittää luoda vakiintuneen suhteen yhteen yritykseen ollakseen varma siitä, että saa tuloja säännöllisesti. Tämä voidaan toteuttaa tekemällä sopimus tiettyjen tavaroiden ja palvelujen tarjoamisesta (esimerkiksi räätälöityjen koneoppimisen algoritmien luominen, yrityksen ohjelmiston ylläpito ja sen henkilöstön kouluttaminen ohjelmiston käyttöön). Tällainen sopimus voidaan tehdä tietyksi ajaksi, vaikkapa vuodeksi, ja uusia vuosittain. Samanaikaisesti hän voi pyrkiä löytämään muita yrityksiä, jotka voisivat tarvita hänen työpanostaan. Näiden muiden yritysten tai yksityishenkilöiden kanssa hän voi esimerkiksi tehdä ainoastaan yhden nimenomaisen sopimuksen niiden tarvitsemien koneoppimisen algoritmien kehittämisestä.

76. Itsenäisenä ammatinharjoittajana hänellä olisi siten useita erilaisia sopimussuhteita. Ensimmäinen näistä suhteista perustuu sopimukseen palveluista, joita hän tarjoaa tietyn tuntimäärän kuukaudessa tai vuodessa, ja muut suhteet sopimuksiin lopputuotteesta, nimittäin tietyn asiakkaan tarpeisiin mukautetusta ohjelmistosta. Kaikki edellä kuvattu työ voi perustua tavaroita tai palveluja koskeviin sopimuksiin, jotka on tehty erikseen kyseessä olevan IT-asiantuntijan kanssa. Sama IT-asiantuntija voi kuitenkin päättää perustaa yrityksen ja myydä työtään sen kautta.

77. Joissain jäsenvaltioissa esimerkiksi palveluja koskevat perättäiset, yksittäiset sopimukset saman yrityksen kanssa voivat olla kiellettyjä. Tämä voi myös olla seurausta sen unionin työlainsäädännön täytäntöönpanosta, jolla pyritään takaamaan työntekijöille turvatummat toistaiseksi voimassa olevat työsopimukset.[36] Esimerkkimme IT-asiantuntija ei kuitenkaan halua työskennellä työsuhteessa. Yrityksellä, jolle hän työskentelee palveluja koskevien perättäisten, vuodeksi kerrallaan tehtävien sopimusten perusteella, ei myöskään ole kannustinta ottaa häntä palvelukseensa, mutta se haluaa toisaalta jatkaa yhteistyötä hänen kanssaan. Tällaisessa tilanteessa esimerkkimme IT-asiantuntija saattaa päättää perustaa oman yrityksen. Hän voisi

[35] Unionin tuomioistuin totesi 2.6.2022 antamassaan tuomiossa HK v. Danmark ja HK v. Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, 34 kohta) seuraavaa: ”Kuten julkisasiamies on todennut ratkaisuehdotuksensa 37 kohdassa, direktiivi 2000/78 ei – – ole erityisesti SEUT 153 artiklan 2 kohtaan perustuvien toimien, joiden tarkoituksena on suojella ainoastaan työntekijöitä työsuhteen heikompana osapuolena, kaltainen unionin johdetun oikeuden toimi – –.”

[36] Euroopan ammatillisen yhteisjärjestön (EAY), Euroopan teollisuuden ja työnantajain keskusjärjestön (UNICE) ja julkisten yritysten Euroopan keskuksen (CEEP) tekemästä määräaikaista työtä koskevasta puitesopimuksesta 28.6.1999 annetun neuvoston direktiivin 1999/70/EY (EYVL 1999, L 175, s. 43) liitteessä olevan, 18.3.1999 tehdyn määräaikaista työtä koskevan puitesopimuksen 5 lauseke.

siten jatkaa työskentelyä samalle yritykselle oman yrityksensä kautta ilman, että häneen sovelletaan lainsäädäntöä, jossa kielletään perättäiset määräaikaiset palveluja koskevat sopimukset.

78. Kaikissa edellä olevassa esimerkissä kuvatuissa eri vaihtoehdoissa IT-asiantuntija teki saman tyyppistä työtä, ja yritykset tai yksityishenkilöt, joiden kanssa hän teki sopimuksia, saivat tarvitsemaansa työtä.

79. On kuitenkin väitetty, että sopimus, joka on tehty hänen kanssaan henkilökohtaisesti, edustaa itsenäisen ammatin harjoittamista, kun taas sopimus, joka on tehty hänen yrityksensä kanssa, ei edusta sitä, koska kyse on tavaroiden tai palvelujen tarjoamisesta. Ensimmäisessä tapauksessa mahdollinen ”työnantaja” ostaa hänen ”työpanoksensa” ja toisessa hänen ”tavaroitaan” tai ”palvelujaan”.

80. Kun otetaan huomioon direktiivi 2000/78, jolla pyritään suojelemaan ihmisten oikeutta osallistua yhteiskuntaan ja ansaita toimeentulonsa henkilökohtaisella työpanoksellaan, onko edellä mainittujen välillä mitään eroa todella olemassa? Se, että yritys kieltäytyy tekemästä sopimusta hypoteettisen IT-asiantuntijamme kanssa, koska hän on homoseksuaali (tai kuuluu tiettyyn uskontokuntaan tai on liian vanha tai liian nuori) tai koska hänellä on jokin muu sellainen ominaisuus, joka ei liity mitenkään hänen kykyynsä tuottaa koneoppimisohjelmistoja, estää häntä saamasta kyseistä nimenomaista työtä ja rajoittaa näin ollen hänen pääsyään työhön.

81. On helppoa todeta, että tällaista syrjintää ei pitäisi sallia, jos hän hakisi perinteistä työpaikkaa. Miksi saman ei pitäisi päteä kaikissa muissa tilanteissa, joissa hän tarjoaa työtään sellaisten tavaroita tai palveluja koskevien sopimusten perusteella, jotka on tehty hänen kanssaan henkilökohtaisesti, tai sellaisten tavaroita tai palveluja koskevien sopimusten perusteella, jotka on tehty hänen yrityksensä kanssa mutta joissa luvataan hänen henkilökohtainen työpanoksensa?

82. Sekä työpanoksensa antavan henkilön että hänen henkilökohtaista työpanostaan käyttävän yrityksen näkökulmasta tässä ei ole pohjimmiltaan mitään eroa. Hän tarjoaa jonkun muun tarvitsemaa työpanosta. Se, että osa näistä tilanteista jätettäisiin direktiivin 2000/78, jolla pyritään mahdollistamaan syrjimättömät mahdollisuudet hankkia toimeentulo ja osallistua yhteiskuntaan työn kautta riippumatta suoritetun työn oikeudellisesta muodosta,[37] soveltamisalan ulkopuolelle, ei mielestäni ole kyseisen direktiivin tavoitteiden mukaista.

83. Syrjinnän vastaisen lainsäädännön soveltamisen kannalta ei ole merkitystä sillä, onko työpanosta tarjoava henkilö samanaikaisesti yritys ja onko hän näin ollen horisontaalisessa eikä alisteisessa asemassa mahdolliseen ”työnantajaan” nähden.[38] Tietyissä oikeusjärjestelmissä, ainakin tietyissä ammateissa, itsenäisten ammatinharjoittajienhan on rekisteröidyttävä yrityksenä, tai ainakin he ovat yleensä rekisteröityneet yrityksenä.

84. Yksi tällainen esimerkki ovat kauppaedustajat. Kauppaedustajien ja heidän päämiestensä väliset suhteet ovat yritysten välisiä suhteita. Useimmissa tapauksissa kauppaedustajat ovat kuitenkin itsenäisiä ammatinharjoittajia, jotka ovat samanaikaisesti yritysten ainoita omistajia tai

[37] Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 54 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

[38] Tämä ei tarkoita, ettei tällä seikalla olisi merkitystä muilla unionin oikeuden aloilla, esimerkiksi kilpailuoikeudessa. Ks. tältä osin tuomio 4.12.2014, FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411).

pieniä ja keskisuuria yrityksiä (pk-yritykset).[39] Voisiko mahdollinen päämies kieltäytyä tekemästä sopimusta kauppaedustajan kanssa vain siksi, että hän edustaa tiettyä seksuaalista suuntautumista? Eikö tällainen kieltäytyminen kuuluisi direktiivin 2000/78 soveltamisalaan?

85. Jos tavaroiden ja palvelujen tarjoaminen henkilökohtaisesti jäisi direktiivin 2000/78 soveltamisalan ulkopuolelle, yritykset tai yksityishenkilöt, jotka tarvitsevat tiettyä työpanosta, voisivat kiertää syrjintäkieltoa päättämällä ”ostaa” tavaroita tai palveluja sen sijaan, että ne ottaisivat palveluntarjoajan palvelukseensa. Kuten J. K. ja komissio väittävät, tämä olisi kyseisen direktiivin tehokkaan vaikutuksen vastaista.

86. Jos direktiivissä lueteltuihin seikkoihin perustuva syrjintä on tarkoitus kieltää työhön pääsyssä, tavaroiden ja palvelujen tarjoamista ei siten voida jättää direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohtaan sisältyvän itsenäisen ammatin harjoittamisen käsitteen ulkopuolelle, kunhan tällainen tarjoaja tarjoaa henkilökohtaista työpanostaan ansaitakseen toimeentulonsa.

87. Kuten käsiteltävän asian olosuhteista ilmenee, TP tarvitsi leikkaajan palveluja. Kyseinen televisioasema katsoi syistä, jotka eivät ole tiedossa (se tuli ehkä halvemmaksi), että on mielekkäämpää ostaa leikkauspalvelut itsenäiseltä alihankkijalta kuin palkata leikkaaja. Toisella televisioasemalla tämä laskelma olisi voinut olla toisenlainen – osa- tai kokoaikaisen leikkaajan palvelukseen ottaminen voisi tulla halvemmaksi tai olla riskittömämpää. En näe mitään perusteltavissa olevaa syytä siihen, miksi direktiiviä 2000/78 olisi tulkittava siten, että siinä kielletään televisioasemaa ottamasta seksuaalista suuntautumista huomioon silloin, kun se ottaa leikkaajan palvelukseensa, muttei silloin, kun se käyttää hänen palvelujaan joko suoraan tai hänen yrityksensä kautta. Sekä televisioaseman että leikkaajan näkökulmasta tilanne on pohjimmiltaan sama: televisioasema hankkii tarvitsemiaan leikkauspalveluja, ja leikkaaja tarjoaa henkilökohtaista työpanostaan.

Välipäätelmä

88. Käsitteeseen ”itsenäisen ammatin harjoittaminen”, sellaisena kuin sitä käytetään direktiivissä 2000/78, kuuluu tavaroiden ja palvelujen tarjoaminen silloin, kun niiden tarjoaja antaa henkilökohtaisen työpanoksensa. Tällaisessa tilanteessa tavaroiden tai palvelujen mahdollinen vastaanottaja ei voi kieltäytyä sopimuksen allekirjoittamisesta tarjoajan seksuaalisen suuntautumisen perusteella.

2. Onko yksittäisen sopimuksen tekeminen direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettu ”itsenäisen ammatin harjoittamista koskeva edellytys”?

89. Puolan hallitus väittää, että yksittäisen palvelusopimuksen tekemisestä kieltäytyminen ei kuulu direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettuun käsitteeseen ”itsenäisen ammatin harjoittamista koskeva edellytys”. Sen näkemyksen mukaan käsite ”itsenäisen ammatin harjoittamista koskeva edellytys” koskee ainoastaan yleisiä edellytyksiä tiettyjen ammattien harjoittamiselle. Kuten Puolan hallitus selitti istunnossa, kyseinen säännös liittyy ainoastaan säänneltyihin ammatteihin. Käsiteltävässä asiassa mikään yleinen sääntö ei estä J.K:ta tarjoamasta leikkauspalvelujaan. Hänen pääsylleen tähän ammattiin ei siten ole mitään

[39] Ks. tältä osin komission yksiköiden valmisteluasiakirja ”Evaluation of Directive 86/653 (REFIT Evaluation)”, SWD(2015) 146 final, 16.7.2015.

estettä. Palvelun mahdollisen vastaanottajan yksittäinen päätös ei siten ole ”itsenäisen ammatin harjoittamista koskeva edellytys”. Tällainen päätös kuuluu sen sijaan henkilön vapauteen valita, kenen kanssa se allekirjoittaa sopimuksen.

90. J.K., Belgian, Alankomaiden ja Portugalin hallitukset sekä komissio katsovat, että direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohtaa voidaan soveltaa seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvaan kieltäytymiseen sopimuksen tekemisestä itsenäisen ammatinharjoittajan kanssa.

91. Unionin tuomioistuimella oli tilaisuus selventää direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohtaan sisältyvää käsitettä ”itsenäisen ammatin harjoittamista koskevat edellytykset” tuomiossa LGBTI,[40] joka annettiin samoin seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvaa syrjintää koskeneessa asiassa. Siinä unionin tuomioistuin ensin selitti, että kyseistä ilmaisua on tulkittava sen tavanomaisen merkityksen mukaan, joka sillä on yleiskielessä, ottamalla samalla huomioon asiayhteys, jossa sitä käytetään, ja sen lainsäädännön tavoitteet, johon se kuuluu.[41] Tämän perusteella se katsoi, että näillä edellytyksillä tarkoitetaan ”olosuhteita tai tosiseikkoja, joiden olemassaolo on ehdottomasti osoitettava, jotta henkilö voi saada tietyn työn”.[42]

92. Vaikka unionin tuomioistuin viittasi tuomiossa LGBTI ainoastaan työn harjoittamista koskeviin edellytyksiin, samaa voidaan soveltaa myös käsitteeseen ”itsenäisen ammatin harjoittamista koskevat edellytykset”, koska direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa viitataan samanaikaisesti työhön ja itsenäisen ammatin harjoittamiseen. Itsenäisen ammatin harjoittamista koskevat edellytykset käsittävät siten olosuhteet tai tosiseikat, joiden olemassaolo on osoitettava, jotta henkilö voi saada tietyn työn itsenäisenä ammatinharjoittajana.

93. Itsenäinen ammatinharjoittaja aloittaa työn tekemällä palvelusopimuksen tai vastaavan yksityisoikeudellisen sopimuksen. Jos itsenäisen ammatinharjoittajan suorittamien palvelujen mahdollinen vastaanottaja asettaa työn harjoittamiselle edellytyksiä vaatimalla, ettei näitä palveluja suorittava henkilö ole homoseksuaali, on selvää, ettei tällaista seksuaalista suuntautumista edustava henkilö voi saada kyseistä työtä.

94. Näin ollen on katsottava, että jos – kun kyseessä on perinteinen työsuhde – se, että työsopimuksen tekemisestä henkilön kanssa kieltäydytään hänen seksuaalisen suuntautumisensa perusteella, kielletään direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa, silloin sen, että palvelusopimuksen tai vastaavan sopimuksen tekemisestä itsenäisen ammatinharjoittajan kanssa kieltäydytään hänen seksuaalisen suuntautumisensa vuoksi, on myös oltava kiellettyä kyseisen säännöksen nojalla, jossa viitataan sekä työn että itsenäisen ammatin harjoittamiseen.

95. Haluaisin lopuksi tarkastella erästä toista kysymystä, jota käsiteltiin istunnossa. Sovellettaisiinko direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohtaa myös sellaisessa hypoteettisessa tilanteessa, jossa J.K:n kaltaisella itsenäisellä ammatinharjoittajalla ei ollut pitkäaikaista aiempaa yhteistyösuhdetta vaan hän oli hakenut työtä ensimmäistä kertaa ja jossa sopimusta hänen kanssaan ei tehty hänen seksuaalisen suuntautumisensa vuoksi? Toisin sanoen, onko työskentelyn jatkuvuudella merkitystä?

96. J.K. ja komissio katsoivat, ettei työn hakemisella ensimmäistä kertaa olisi mitään merkitystä. Puolan hallitus toisti aiemman kantansa, jonka mukaan tämän kaltaiset yksittäiset päätökset eivät kuulu käsitteeseen ”itsenäisen ammatin harjoittamista koskevat edellytykset”.

40 Tuomion 39 kohta.

41 Tuomio LGBTI, 32 kohta.

42 Tuomio LGBTI, 33 kohta.

97. Olen samaa mieltä J.K:n ja komission kanssa. Direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohta koskee työn harjoittamista. Aiemmat yhteistyösuhteet eivät liity työn hakemiseen eivätkä sopimuksen saamiseen. Toisin sanoen pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä oleva sopimuksen tekemisestä kieltäytyminen kuuluu direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan soveltamisalaan, muttei siksi, että J.K. oli tehnyt aiemmin sopimuksia TP:n kanssa, vaan siksi, että häneltä evättiin mahdollisuus harjoittaa uutta työtä TP:n kieltäytyessä tekemästä uutta sopimusta hänen kanssaan.

Välipäätelmä

98. Kieltäytyminen tekemästä yksittäistä palvelusopimusta itsenäisen ammatinharjoittajan kanssa, minkä vaikuttimena on kyseisen henkilön seksuaalinen suuntautuminen, kuuluu direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a alakohtaan sisältyvään ilmaisuun ”itsenäisen ammatin harjoittamista koskevat edellytykset”.

B Direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan c alakohdan sovellettavuus

99. Käsiteltävän asian olosuhteissa kieltäytyminen tekemästä sopimusta J.K:n kanssa paitsi estää häntä saamasta uutta työtä myös päättää hänen seitsemän vuotta kestäneen yhteistyösuhteensa TP:n kanssa yksinomaan hänen seksuaalisen suuntautumisensa perusteella. Direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan c alakohtaakin voidaan näin ollen mielestäni soveltaa käsiteltävässä asiassa.

100. Puolan hallitus väitti, ettei direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan c alakohtaa voida soveltaa, koska ensinnäkään itsenäisen ammatin harjoittamista ei mainita nimenomaisesti kyseisessä säännöksessä ja toiseksi itsenäisiä ammatinharjoittajia ei missään tapauksessa voida ”irtisanoa”.

101. Direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan c alakohta täydentää nähdäkseni sen a alakohtaa. Viimeksi mainittua sovelletaan työn harjoittamiseen, kun taas ensiksi mainittua sovelletaan työoloihin ja -ehtoihin, myös irtisanomiseen. Sen, ettei c alakohdassa viitata itsenäisen ammatin harjoittamiseen, on näin ollen katsottava johtuvan lainsäädännön epäselvästä laatimisesta eikä unionin lainsäätäjän aikomuksesta jättää itsenäisiä ammatinharjoittajia sen soveltamisalan ulkopuolelle. Kun 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa viitataan sekä direktiivin 2000/78 henkilölliseen että aineelliseen soveltamisalaan, c alakohdassa viitataan ainoastaan sen aineelliseen soveltamisalaan.

102. Lisäksi on totta, ettei itsenäisiä ammatinharjoittajia voida irtisanoa, jos sanaa ”irtisanominen” käytetään ainoastaan työstä. Tällä ei kuitenkaan ole merkitystä. Direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan c alakohdassa viitataan irtisanomiseen esimerkkinä siitä, mitä käsitteellä ”työolot ja -ehdot” ymmärretään. Kyseistä säännöstä sovelletaan kaikkiin työhön liittyviin oloihin ja ehtoihin ja sen päättämiseen. [43]

[43] Lisäksi haluan huomauttaa, että erilaisessa asiayhteydessä, joka liittyi Euroopan unionin kansalaisten ja heidän perheenjäsentensä oikeudesta liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella, asetuksen (ETY) N:o 1612/68 muuttamisesta ja direktiivien 64/221/ETY, 68/360/ETY, 72/194/ETY, 73/148/ETY, 75/34/ETY, 75/35/ETY, 90/364/ETY, 90/365/ETY ja 93/96/ETY kumoamisesta 29.4.2004 annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2004/38/EY (EUVL 2004, L 158, s. 77) perustuviin vapaaseen liikkuvuuteen ja kansalaisten oikeuksiin, unionin tuomioistuin on jo katsonut, että tilanne, jossa itsenäinen ammatinharjoittaja joutuu tahtomattaan lopettamaan toimintansa, voidaan rinnastaa tilanteeseen, jossa työntekijä menettää työpaikkansa tahtomattaan. Ks. tuomio 20.12.2017, Gusa (C-442/16, EU:C:2017:1004, 43 kohta) ja tuomio 11.4.2019, Tarola (C-483/17, EU:C:2019:309, 48 kohta).

Välipäätelmä

103. Käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltainen tilanne, jossa itsenäisellä ammatinharjoittajalla oli vakiintunut yhteistyösuhde palvelujen vastaanottajaan, joka yksinomaan hänen seksuaalisen suuntautumisensa perusteella kieltäytyi tekemästä uutta sopimusta, kuuluu direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan c alakohdan soveltamisalaan.

C Voidaanko sopimusvapauteen vedota seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän oikeuttamiseksi?

104. Toinen kysymys, joka ennakkoratkaisupyynnöstä käy epäsuorasti ilmi, koskee sitä, voiko TP vedota oikeuteen valita sopimuskumppani vapaasti, sellaisena kuin siitä säädetään yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentissa, oikeuttamisperusteena direktiivin 2000/78 soveltamatta jättämiselle.

105. Direktiivin 2000/78 2 artiklan 5 kohdan mukaan kansallisissa toimenpiteissä voidaan poikkeuksellisesti sulkea pois kyseisen direktiivin soveltaminen, jos tällaiset toimenpiteet ovat tarpeen muun muassa muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi. Unionin tuomioistuin on selittänyt, että koska mainittu säännös on poikkeus syrjintäkiellon periaatteesta, sitä on tulkittava suppeasti. [44]

106. Voidaanko yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentti ymmärtää toimenpiteeksi, joka demokraattisessa yhteiskunnassa on tarpeen muiden henkilöiden vapauksien turvaamiseksi, kuten direktiivin 2000/78 2 artiklan 5 kohdassa säädetään?

107. Yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentissa taataan vapaus valita sopimuspuoli. Kyseisen säännöksen mukaan tällaista vapautta voidaan rajoittaa sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään tai kansallisuuteen perustuvan syrjinnän estämiseksi. Sopimusvapauden rajoittamisesta ei kuitenkaan säädetä tilanteessa, jossa valinta johtaa seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvaan syrjintään. Päätös sopimuksen tekemisestä voidaan siten kyseisen lain nojalla tehdä mahdollisen sopimuspuolen seksuaalisen suuntautumisen perusteella.

108. Direktiivin 2000/78 2 artiklan 5 kohtaa sovellettaessa kansallinen säännös, jossa sallitaan seksuaaliseen suuntautumiseen perustuva syrjintä, ei ole kyseisen direktiivin vastainen, jos se on tarpeen sopimusvapauden mahdollistamiseksi.

[44] Ks. vastaavasti tuomio 13.9.2011, Prigge ym. (C-447/09, EU:C:2011:573, 56 kohta).

109. Aluksi ja ennen minkäänlaisen oikeasuhteisuuden arvioinnin aloittamista on todettava, että minun on vaikea ajatella tätä kysymystä eri tekijöiden punnintana: voiko lupa syrjiä jonkin kielletyn syrjintäperusteen perusteella ylipäätään olla osa sopimusvapautta yhteiskunnassa, joka perustuu yhdenvertaisuuden arvoon? [45]

110. Jos voidaan hyväksyä, että sopimusvapautta rajoitetaan direktiivissä 2000/78 lueteltuihin seikkoihin perustuvaa syrjintää koskevalla kiellolla, perinteinen oikeasuhteisuuden tarkastelu johtaa siihen päätelmään, että seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän salliminen ei ole tarpeen sopimusvapauden turvaamiseksi demokraattisessa yhteiskunnassa.

111. Siihen päätelmään, että yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentti ei ole demokraattisessa yhteiskunnassa tarpeen sopimusvapauden turvaamiseksi, päästään oikotietä huomauttamalla, että kyseisessä säännöksessä kielletään jo sukupuoleen, rotuun tai etniseen alkuperään perustuva syrjintä sopimuskumppanin valinnassa. Tämä itsessään osoittaa, ettei Puolan lainsäätäjä pidä vapautta syrjiä tarpeellisena sopimusvapauden takaamiseksi demokraattisessa yhteiskunnassa.

112. Kahta perusoikeutta voidaan punnita keskenään arvioimalla, onko jompaakumpaa rajoitettu suhteettomasti. Koska direktiivin 2000/78 2 artiklan 5 kohdan yhteydessä sopimusvapautta käytetään oikeuttamisperusteena kyseisestä direktiivistä poikkeamiselle, tämä edellyttää paradoksaalisesti käänteistä tarkastelua. Kyse on siitä, onko direktiivillä 2000/78 rajoitettu suhteettomasti sopimusvapautta. Ellei näin ole, on pääteltävä, että oikeuttamisperusteena käytettävää vapautta (sopimusvapautta) suojaava kansallinen lainsäädäntö ei ole tarpeen demokraattisessa yhteiskunnassa. [46]

113. Käsiteltävässä asiassa tämä tarkastelu tehdään seuraavasti. Aluksi on huomautettava, että oikeuttamisperusteeksi tarjottu oikeus, tässä tapauksessa sopimusvapaus, ei ole ehdoton oikeus. [47] Sitä voidaan rajoittaa lailla yhteiskunnallisesti hyväksyttävien tavoitteiden saavuttamiseksi, edellyttäen, ettei se vaikuta tämän oikeuden keskeiseen sisältöön ja että rajoitus on oikeasuhteinen (asianmukainen ja tarpeellinen) tavoiteltuihin päämääriin nähden.

[45] Äskettäisissä täysistunnossa antamissaan tuomioissa unionin tuomioistuin on selittänyt, että SEU 2 artikla sisältää yhdenvertaisuuden kaltaisia arvoja, jotka kuuluvat Euroopan unionin suoranaiseen identiteettiin (tuomio 16.2.2022, Unkari v. parlamentti ja neuvosto, C-156/21, EU:C:2022:97, 232 kohta ja tuomio 16.2.2022, Puola v. parlamentti ja neuvosto, C-157/21, EU:C:2022:98, 264 kohta). Direktiivin 2000/78 tarkoituksena on juuri tehdä yhdenvertaisuutta koskevasta arvosta todellisuutta kieltämällä syrjintä, kuten perusoikeuskirjan 21 artiklassa ilmaistaan. Aina 8.4.1976 annetusta tuomiosta Defrenne (43/75, EU:C:1976:56) lähtien yhdenvertaisuus on edustanut yhteiskuntamallia, johon Euroopan unioni pyrkii. Esimerkiksi McCrudden selittää, että kun yhdenvertaisuus ymmärretään oikeuksia suojaavana käsitteenä, yhdenvertaisen kohtelun periaatteella on erityinen merkitys sen osoittamisessa, että Euroopan unionin tavoitteet eivät ole pelkästään taloudellisia ja että ne ulottuvat eurooppalaisen yhteiskuntamallin suojeluun. Ks. McCrudden, C., ”The New Concept of Equality”, *ERA*, 2003, s. 18. Ks. myös Waddington, L., ”Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination”, *Industrial Law Journal*, 1999, s. 133–151, sivulla 134, jonka mukaan syynä EY:n perustamissopimuksen 13 artiklan sisällyttämiseen perustamissopimukseen ei ollut ensisijaisesti halu torjua syrjintää taloudellisista syistä vaan halu tuoda Eurooppaa ”lähemmäs kansalaisia”.

[46] Unionin tuomioistuin teki vastaavaa punnintaa oikeuden olla joutumatta syrjityksi, sellaisena kuin siitä säädetään direktiivissä 2000/78, ja sananvapauden, sellaisena kuin sitä suojataan perusoikeuskirjan 11 artiklassa, välillä tuomion LGBTI 47–57 kohdassa. Unionin tuomioistuin punnitsi keskenään oikeutta olla joutumatta syrjityksi, sellaisena kuin siitä säädetään direktiivissä 2000/78, ja yhdistymisvapautta, sellaisena kuin sitä suojataan perusoikeuskirjan 12 artiklassa, 2.6.2022 antamassaan tuomiossa HK v. Danmark ja HK v. Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, 41–47 kohta).

[47] On huomautettava, että sopimusvapaus on myös tunnustettu unionin oikeusjärjestyksessä yhdeksi perusvapauksista osana perusoikeuskirjan 16 artiklassa taattua elinkeinovapautta. Ks. esim. tuomio 21.12.2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, 79 kohta). Tämä tarkoittaa ensinnäkin sitä, että unionin lainsäätäjällä on velvollisuus ottaa tämä vapaus huomioon antaessaan syrjinnän vastaista lainsäädäntöä. Toiseksi sopimusvapaus, sellaisena kuin se ymmärretään unionin oikeusjärjestyksessä, ei ole ehdoton. Unionin tuomioistuin on päinvastoin katsonut, että perusoikeuskirjan 16 artiklaan kirjattuun elinkeinovapauteen ”voidaan puuttua moninaisilla julkisen vallan toimilla, joilla voidaan yleisen edun nimissä rajoittaa taloudellisen toiminnan harjoittamista”. Ks. tältä osin tuomio 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, 46 kohta); ks. myös tuomio 21.12.2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, 80 ja 81 kohta). Jälkimmäisestä seikasta ks. myös 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, s. 167–182.

114. Edellytys, jonka mukaan sopimusvapauden rajoittamisesta säädetään lailla, täyttyy, koska siitä säädetään unionin direktiivissä.

115. Toiseksi direktiivin 2000/78 tavoitteena on tehdä yhdenvertaisuudesta ”työssä ja ammatissa” todellisuutta kaikissa unionin jäsenvaltioissa. Kyseisellä direktiivillä myös edistetään muiden perussopimuksissa esitettyjen tavoitteiden saavuttamista. Sen johdanto-osan 11 perustelukappaleen mukaan uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään taikka seksuaaliseen suuntautumiseen perustuva syrjintä voi haitata – – korkean työllisyysasteen ja sosiaalisen suojelun korkean tason saavuttamista, elintason ja elämänlaadun kohottamista, taloudellista ja sosiaalista yhteenkuuluvuutta ja solidaarisuutta sekä henkilöiden vapaata liikkuvuutta. Direktiivillä 2000/78 rajoitetaan siten sopimusvapautta yhdenvertaisuuden ja muiden tärkeiden unionin tavoitteiden, jotka ovat legitiimejä tavoitteita, saavuttamiseksi.

116. Kolmanneksi kyseisellä direktiivillä rajoitetaan sopimuskumppanien valinnan vapautta ainoastaan siten, että siinä suljetaan pois se mahdollisuus, että tällainen valinta perustuu johonkin direktiivissä luetelluista perusteista. Se ei estä työnantajia tai muita vastaavassa asemassa olevia valitsemasta työhön parhaiten soveltuvaa henkilöä. Tältä osin direktiivin 2000/78 johdanto-osan 17 perustelukappaleessa selitetään, että direktiivi ”ei velvoita sellaisen henkilön työhönottoon, ylentämiseen, työssä pitämiseen tai koulutukseen, joka ei ole pätevä, kykenevä ja käytettävissä suorittamaan työn edellyttämiä oleellisia tehtäviä – –”. Tämä muodostaa nähdäkseni sopimusvapauden ytimen.

117. Päätös olla palkkaamatta henkilöä tai irtisanoa henkilö voi perustua eri syihin, jotka ovat merkityksellisiä kyseisen työn kannalta.[48] Kielto syrjiä direktiivissä säädettyjen perusteiden perusteella päätettäessä, kenen kanssa sopimus tehdään, ei näin ollen vaikuta sopimusvapauden keskeiseen sisältöön.

118. Jos hyväksytään, että sopimusvapautta todellakin rajoitetaan, on lisäksi osoitettava, että tällainen rajoitus on asianmukainen ja tarpeen direktiivin 2000/78 legitiimin tavoitteen (legitiimien tavoitteiden) saavuttamiseksi. Arvioin tässä yhteydessä oikeasuhteisuutta ainoastaan syrjinnän torjumista työssä ja ammatissa koskevan tavoitteen kannalta, koska se on tavoite, joka liittyy suoraan oikeusperustaan, jonka nojalla kyseinen direktiivi annettiin.[49]

119. Kun direktiivissä 2000/78 suljetaan pois syrjinnän mahdollisuus siinä kielletyillä perusteilla ja edellytetään sen 17 artiklassa, että pannessaan direktiivin täytäntöön jäsenvaltiot säätävät seuraamuksista, jotka ovat tehokkaita ja varoittavia, kyseinen direktiivi on asianmukainen väline, jolla edistetään syrjinnän torjuntaa, koska voitaisiin odottaa, että tämä johtaa tällaisen käyttäytymisen asteittaiseen vähenemiseen ja viime kädessä loppumiseen.

120. Yhteiskunta, jossa ei esiinny lainkaan kiellettyihin perusteisiin perustuvaa syrjintää työssä ja ammatissa, voidaan saavuttaa vain, jos kukaan, joka tarvitsee toisen henkilön työpanosta, ei ota huomioon direktiivissä 2000/78 lueteltuja ominaisuuksia. Ellei näin ole, henkilöillä, joilla on näitä ominaisuuksia, ei ole yhdenvertaisia mahdollisuuksia saada työtä. Näin ollen yhteiskunnassa, jossa tällaisilla huolenaiheilla on edelleen paikkansa, kyseisten valintojen kieltäminen ja toisenlaisiin valintoihin kannustaminen asianmukaisilla seuraamuksilla edustaa vähimmäistasoa, joka on tarpeen kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi. En keksi vähemmän rajoittavaa vaihtoehtoa sen tavoitteen saavuttamiseksi, ettei syrjintää esiinny työssä ja ammatissa.

[48] Ks. esim. tapauksesta, jossa raskaana ollut nainen irtisanottiin joukkovähentämisen perusteella, tuomio 22.2.2018, Porras Guisado (C-103/16, EU:C:2018:99, 71 kohta).

[49] Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 44 kohta.

121. Näin ollen on katsottava, että koska sopimusvapautta, jota yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentilla on tarkoitus suojella, ei rajoiteta suhteettomasti direktiivillä 2000/78, kyseistä säännöstä ei voida tulkita siten, että se on tarpeen sopimuspuolten valinnanvapauden suojaamiseksi demokraattisessa yhteiskunnassa.

Välipäätelmä

122. Yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentin kaltainen kansallinen säännös ei ole tarpeen sopimuspuolen valintaa koskevan vapauden suojaamiseksi demokraattisessa yhteiskunnassa. Kyseisellä säännöksellä ei siten voida oikeuttaa direktiivin 2000/78 soveltamatta jättämistä sen 2 artiklan 5 kohdan nojalla.

D Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen velvoitteet, jos kansallinen säännös ja direktiivi 2000/78 ovat ristiriidassa keskenään

123. Koska yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momentti ei ole tarpeen demokraattisessa yhteiskunnassa, direktiiviä 2000/78 voidaan soveltaa käsiteltävässä asiassa kieltäytymiseen sopimuksen tekemisestä itsenäisen ammatinharjoittajan kanssa tämän henkilön seksuaalisen suuntautumisen takia.

124. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selitti pyynnössään, että yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momenttia voidaan soveltaa käsiteltävässä asiassa kyseessä olevaan tilanteeseen.[50]

125. Tämä tarkoittaa, että ennakkoratkaisua pyytäneellä tuomioistuimella on kaksi vastakkaista säännöstä, joita voidaan soveltaa siinä vireillä olevaan asiaan: ensimmäinen, joka sisältyy direktiiviin 2000/78, estää TP:tä kieltäytymästä sopimuksen tekemisestä J.K:n kanssa siksi, että hän on homoseksuaali; toisessa, joka sisältyy yhdenvertaista kohtelua koskevaan Puolan lakiin, annetaan TP:lle mahdollisuus kieltäytyä tekemästä sopimusta J.K:n kanssa siksi, että hän on homoseksuaali.

126. Unionin oikeudessa on oikeussääntö, jota sovelletaan, jos kaksi säännöstä tai määräystä, joita kumpaakin voidaan soveltaa samoihin tosiseikkoihin, ovat ristiriidassa keskenään: asiaa ratkaistessaan kansallisen tuomioistuimen on sovellettava unionin säännöstä tai määräystä ja jätettävä soveltamatta kansallista säännöstä tai määräystä.[51] Unionin oikeuden ensisijaisuus ratkaisee siten tällaisen normiristiriidan unionin säännöksen tai määräyksen hyväksi.

127. Kattavuuden vuoksi on lisättävä, että ensisijaisuus toimii lainvalintasääntönä ja edellyttää unionin oikeuden vastaisen kansallisen säännöksen soveltamatta jättämistä, kun unionin säännöksellä tai määräyksellä on välitön oikeusvaikutus.[52]

[50] Yksin kansallinen tuomioistuin on toimivaltainen tulkitsemaan kansallista lainsäädäntöä. Ennakkoratkaisumenettelyssä unionin tuomioistuimen on siten turvauduttava kansallisen tuomioistuimen kansallisesta lainsäädännöstä esittämään tulkintaan. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selitti, että sen mukaan pääasiassa kyseessä olevan kaltainen sopimus kuuluu yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain soveltamisalaan sen 4 §:n 2 momentin perusteella ja että näin ollen myös kyseisen lain 5 §:n 3 momenttia voidaan soveltaa.

[51] Tuomio 9.3.1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, 21–23 kohta) ja tuomio 22.2.2022, RS (Perustuslakituomioistuimen tuomioiden vaikutus) (C-430/21, EU:C:2022:99, 62 ja 63 kohta).

[52] Tuomio 24.6.2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, 60–64 ja 68 kohta).

128. Direktiiveillä on välitön oikeusvaikutus vertikaalisissa tilanteissa.[53] Kun otetaan huomioon, että TP on julkinen televisioasema,[54] oikeuskäytännössä on katsottu, että tällainen tilanne on ymmärrettävä vertikaaliseksi direktiivin suoran soveltamisen yhteydessä.[55] J.K. voi siten vedota direktiiviin 2000/78 TP:tä vastaan pääasian oikeudenkäynnissä.

129. Lisäksi asian kannalta merkitykselliset direktiivin 2000/78 säännökset (3 artiklan 1 kohdan a ja c alakohta) ovat ehdottomia ja riittävän täsmällisiä, jotta kansallinen tuomioistuin voi soveltaa niitä.[56] On selvää, että J.K:n kaltaisella oikeussubjektilla (itsenäisellä ammatinharjoittajalla) on näiden säännösten perusteella oikeus olla tulematta syrjityksi seksuaalisen suuntautumisensa perusteella hakiessaan uutta työtä tai jatkaessaan nykyistä yhteistyösuhdetta; on myös selvää, että TP:n kaltainen oikeussubjekti, joka etsii leikkauspalveluja, ei voi kieltäytyä sopimuksen tekemisestä itsenäisen ammatinharjoittajan kanssa yksinomaan tämän seksuaalisen suuntautumisensa perusteella. Näin ollen asian kannalta merkityksellisten direktiivin 2000/78 säännösten perusteella voidaan katsoa, että J.K:lle on annettu oikeus, että TP:llä on vastaava velvollisuus ja että tämän oikeuden/velvollisuuden sisältö tarkoittaa, ettei seksuaaliseen suuntautumiseen voida vedota sopimuksen tekemisen perusteena.

130. Kansallinen tuomioistuin ei näin ollen voi soveltaa yhdenvertaista kohtelua koskevan Puolan lain 5 §:n 3 momenttia ratkaistakseen siinä vireillä olevan asian. On myös syytä toistaa, ettei tällainen kansallisen tuomioistuimen velvollisuus ole riippuvainen kansallisen lainsäätäjän päätöksestä muuttaa kansallista lainsäädäntöä sen saattamiseksi unionin oikeuden mukaiseksi. Tämä ei kuitenkaan sulje pois kansallisen lainsäätäjän rinnakkaista velvollisuutta tehdä näin.

Välipäätelmä

131. Direktiivin 2000/78 3 artiklan 1 kohdan a ja c alakohtaa voidaan soveltaa käsiteltävään asiaan, ja niillä on välitön oikeusvaikutus. J.K. voi siten vedota ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa TP:lle asetettuun kieltoon kieltäytyä J.K:n seksuaalisen suuntautumisen vuoksi allekirjoittamasta sopimusta hänen kanssaan hänen itsenäisen ammatinharjoittajan ominaisuudessaan. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on siten jätettävä soveltamatta unionin oikeuden vastaista kansallista säännöstä.

V Ratkaisuehdotus

132. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawien esittämään ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

Yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista 27.11.2000 annetun neuvoston direktiivin 2000/78/EY 3 artiklan 1 kohdan a ja c alakohtaa

on tulkittava siten, että

[53] Tuomio 5.4.1979, Ratti (148/78, EU:C:1979:110, 20–23 kohta) ja tuomio 7.8.2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, 45 kohta).

[54] Sen omistaa valtio. On huomautettava, että TP, joka on vastaajana ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa käytävässä oikeudenkäynnissä, ei esittänyt kirjallisia huomautuksia tai osallistunut istuntoon unionin tuomioistuimessa.

[55] Tuomio 26.2.1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, 46–49 kohta) ja tuomio 10.10.2017, Farrell (C-413/15, EU:C:2017:745, 32–35 kohta).

[56] Tuomio 19.11.1991, Francovich ym. (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428, 11 ja 12 kohta); tuomio 24.1.2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, 33 kohta); tuomio 16.7.2015, Larentia + Minerva ja Marenave Schiffahrt (C-108/14 ja C-109/14, EU:C:2015:496, 48 ja 49 kohta) ja tuomio 8.3.2022, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Välitön oikeusvaikutus) (C-205/20, EU:C:2022:168, 17–19 kohta).

ne ovat esteenä kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan on sallittua kieltäytyä tekemästä yksityisoikeudellista palvelusopimusta, jonka perusteella itsenäisen ammatinharjoittajan on tarkoitus antaa henkilökohtainen työpanoksensa, jos kieltäytymisen perusteena on kyseisen henkilön seksuaalinen suuntautuminen.