Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIK GENERALNEJ
TAMARY ĆAPETY
przedstawiona w dniu 8 września 2022 r. [1]

Sprawa C-356/21

J.K.
przeciwko
TP S.A.,
przy udziale:
PTPA

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Polska)]

Odesłanie prejudycjalne – Równe traktowanie w zakresie zatrudnienia i pracy – Dyrektywa 2000/78/WE – Artykuł 3 – Zakaz wszelkich form dyskryminacji ze względu na orientację seksualną – Osoba pracująca na własny rachunek – Odmowa przedłużenia umowy

I. Wprowadzenie

1. TP, będąca publicznym nadawcą telewizyjnym, odmówiła podpisania nowej umowy o świadczenie usług w zakresie montażu z J.K., z którym współpracowała przez siedem lat na podstawie regularnie zawieranych umów krótkoterminowych, z powodu jego orientacji seksualnej [2].

2. Czy J.K. może, jako osoba pracująca na własny rachunek, korzystać z zapewnianej przez dyrektywę 2000/78 ochrony przed dyskryminacją ze względu na jego orientację seksualną?

3. Zasadniczą kwestią, o której wyjaśnienie do Trybunału zwrócił się Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Polska), jest zakres stosowania dyrektywy 2000/78.

4. Drugie zagadnienie poruszone w odesłaniu prejudycjalnym dotyczy związku między zakazem dyskryminacji a swobodą umów. Sąd odsyłający zastanawia się nad zgodnością z dyrektywą 2000/78 przepisu prawa krajowego, który dopuszcza uwzględnienie orientacji seksualnej jako kryterium wyboru osoby, z którą ma zostać zawarta umowa.

[1] Język oryginału: angielski.

[2] W rozpatrywanym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający przyjął, że odmowa zawarcia umowy była motywowana orientacją seksualną J.K. Rozstrzygnięcie w przedmiocie istnienia dyskryminacji należy do tego sądu. Zobacz w tym zakresie motyw 15 dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.U. 2000, L 303, s. 16 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 5, t. 4, s. 79); wyrok z dnia 25 kwietnia 2013 r., Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, pkt 42). Na potrzeby niniejszej opinii przyjmuję zatem, że w sytuacji leżącej u podstaw sporu mamy do czynienia z bezpośrednią dyskryminacją ze względu na orientację seksualną.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

5. Artykuł 1 dyrektywy 2000/78 (zatytułowany „Cel") stanowi, że jej celem jest „wyznaczenie ogólnych ram dla walki z dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w odniesieniu do zatrudnienia i pracy, w celu realizacji w państwach członkowskich zasady równego traktowania".

6. Artykuł 2 tej dyrektywy (zatytułowany „Pojęcie dyskryminacji") brzmi:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy »zasada równego traktowania« oznacza brak jakichkolwiek form bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji z przyczyn określonych w art. 1.

2. Do celów ust. 1:

a) dyskryminacja bezpośrednia występuje, w przypadku gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji, z jakiejkolwiek przyczyny wymienionej w art. 1;

[…].

5. Niniejsza dyrektywa nie narusza środków przewidzianych przepisami krajowymi, które w społeczeństwie demokratycznym są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, utrzymania porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób".

7. Artykuł 3 (zatytułowany „Zakres") ma następujące brzmienie:

„1. W granicach kompetencji [Unii] niniejszą dyrektywę stosuje się do wszystkich osób, zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi, w odniesieniu do:

a) warunków dostępu do zatrudnienia lub pracy na własny rachunek [i zawodu], w tym również kryteriów selekcji i warunków rekrutacji, niezależnie od dziedziny działalności i na wszystkich szczeblach hierarchii zawodowej, również w odniesieniu do awansu zawodowego;

[…]

c) warunków zatrudnienia i pracy, łącznie z warunkami zwalniania i wynagradzania;

[…]".

B. Prawo polskie

8. Zgodnie z art. 2 ust. 1 Ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów prawa Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z dnia 3 grudnia 2010 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2156 – tekst jednolity) (zwanej dalej „polską ustawą równościową") ową „[u]stawę stosuje się do osób fizycznych oraz do osób prawnych i jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną".

9. Dokładniej rzecz ujmując, w art. 4 pkt 2 polskiej ustawy równościowej wskazano, że jest ona stosowana w zakresie „warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej”.

10. W art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej zapisano, że owej ustawy nie stosuje się do „swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości”.

11. Artykuł 8 polskiej ustawy równościowej stanowi:

„1. Zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w zakresie:

[…]

2) warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej;

[…]”.

12. Artykuł 13 polskiej ustawy równościowej brzmi:

„1. Każdy, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania.

2. W sprawach naruszenia zasady równego traktowania stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny […]”.

III. Spór w postępowaniu głównym i pytanie prejudycjalne

13. W latach 2010–2017 J.K. zawierał regularnie, jako osoba pracująca na własny rachunek, kolejne umowy krótkoterminowe z TP – spółką, która prowadzi ogólnopolski program telewizji publicznej i której jedynym akcjonariuszem jest Skarb Państwa.

14. Czynności wykonywane przez J.K. na podstawie tych umów obejmowały przygotowywanie zmontowanych materiałów do zwiastunów czy felietonów, które były następnie wykorzystywane w materiałach autopromocyjnych programu. Wykonywał on powierzone mu zadania w ramach wewnętrznej jednostki operacyjnej programu (Redakcji Oprawy i Promocji Programu 1), której kierownikiem był W.S. Na podstawie zawieranych umów o dzieło J.K. pełnił tygodniowe dyżury, podczas których przygotowywał materiały do audycji autopromocyjnych programu. Jego bezpośredni przełożony, W.S., przydzielał dyżury J.K. i drugiej dziennikarce, która wykonywała te same czynności, w ten sposób, aby oboje odbywali oni dwa tygodniowe dyżury w miesiącu.

15. Od sierpnia 2017 r. w ramach struktur wewnętrznych TP była planowana reorganizacja, która miała polegać między innymi na przekazaniu zadań wykonywanych przez J.K. do nowo utworzonej jednostki – Agencji Kreacji Oprawy i Reklamy. Do przeprowadzenia reorganizacji i weryfikacji współpracowników, którzy mieli przejść do nowej agencji, wyznaczono dwóch nowych pracowników.

16. Podczas spotkań, które odbyły się na przełomie października i listopada 2017 r. i na których był obecny jeden z nowych pracowników odpowiedzialnych za reorganizację, J.K. został oceniony pozytywnie i zaliczony do grupy współpracowników, którzy pomyślnie przeszli procedurę weryfikacji.

17. W dniu 20 listopada 2017 r. J.K. i TP zawarli umowę o dzieło na okres jednego miesiąca.

18. W dniu 29 listopada 2017 r. J.K. otrzymał grafik pracy na grudzień 2017 r. Przewidziano w nim dyżur w łącznym wymiarze dwóch tygodni, przy czym pierwszy tydzień dyżuru miał się rozpocząć w dniu 7 grudnia 2017 r., natomiast drugi tydzień dyżuru –– w dniu 21 grudnia 2017 r.

19. W dniu 4 grudnia 2017 r. J.K. wraz ze swoim partnerem opublikowali na swoim kanale w serwisie YouTube klip z piosenką świąteczną promującą tolerancję wobec par jednopłciowych.

20. Dwa dni później, a więc w dniu 6 grudnia 2017 r., J.K. otrzymał od TP wiadomość elektroniczną o odwołaniu dyżuru rozpoczynającego się w dniu 7 grudnia 2017 r.

21. W dniu 20 grudnia 2017 r. J.K. poinformowano, że nie będzie zobowiązany do stawienia się na zaplanowany dyżur rozpoczynający się w dniu 21 grudnia 2017 r. W związku z tym w grudniu 2017 r. nie odbył on żadnego przewidzianego w umowie dyżuru ani też (co zostało wyjaśnione na rozprawie) nie otrzymał wynagrodzenia za te zamówione usługi.

22. Ostatecznie J.K. i TP nie zawarli również nowej umowy (na styczeń 2018 r.). Z postanowienia odsyłającego wynika, że decyzja o zakończeniu współpracy z J.K. została podjęta przez osoby odpowiedzialne za przeprowadzenie reorganizacji.

23. W powództwie wniesionym do sądu odsyłającego, którym jest Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, J.K. dochodzi zasądzenia na jego rzecz kwoty 47 924,92 PLN (złotych polskich, około 10 130 EUR) wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty. Kwota 35 943,69 PLN (około 7600 EUR) jest dochodzona tytułem odszkodowania, natomiast kwota 11 981,23 PLN (około 2530 EUR) jest dochodzona tytułem zadośćuczynienia za naruszenie zasady równego traktowania ze względu na orientację seksualną przejawiające się w postaci dyskryminacji bezpośredniej w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na podstawie umowy cywilnoprawnej.

24. Na poparcie swojego roszczenia J.K. podnosi, że TP dopuściła się wobec niego dyskryminacji bezpośredniej z powodu jego orientacji seksualnej. Utrzymuje on, że prawdopodobną przyczyną odwołania dyżurów i zakończenia współpracy z TP była publikacja w serwisie YouTube wspomnianego powyżej teledysku do piosenki świątecznej.

25. TP wnosi o oddalenie powództwa i wskazuje, że ani stosowana przez nią praktyka, ani przepisy prawa nie gwarantują przedłużania umów handlowych.

26. Sąd odsyłający wyjaśnia, że nie jest jasne, w jakim zakresie osoby pracujące na własny rachunek korzystają z ochrony zapewnianej przez dyrektywę 2000/78. Wyraża on również wątpliwości co do tego, czy art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej, który to przepis jego zdaniem znajduje zastosowanie w okolicznościach niniejszej sprawy, jest zgodny z ową dyrektywą.

27. W tych okolicznościach Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 3 ust. 1 lit. a) i c) [dyrektywy 2000/78] należy rozumieć w ten sposób, iż pozwala na wyłączenie z zakresu zastosowania [dyrektywy 2000/78], a w konsekwencji także na wyłączenie zastosowania sankcji wprowadzonych w prawie krajowym na podstawie art. 17 [tej dyrektywy], swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości, w sytuacji, w której przejawem dyskryminacji miałaby być odmowa zawarcia umowy cywilnoprawnej, na podstawie której miałaby być świadczona praca przez osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą na własny rachunek, gdy przesłanką tej odmowy byłaby orientacja seksualna potencjalnego kontrahenta?”.

28. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez J.K., rządy belgijski, niderlandzki, polski i portugalski oraz przez Komisję Europejską. J.K., rząd polski i Komisja przedstawili uwagi ustne na rozprawie, która odbyła się w dniu 31 maja 2022 r.

IV. Analiza

29. Jak rozumiem, poprzez swoje pytanie sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy przy rozstrzyganiu, czy TP jest zobowiązana do naprawienia szkody poniesionej przez J.K. w związku z potraktowaniem go w sposób dyskryminujący ze względu na jego orientację seksualną, ma on obowiązek zastosować art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej.

30. Na gruncie prawa Unii zależy to od tego, czy zastosowanie znajduje dyrektywa 2000/78. Jeżeli J.K. może się powołać na art. 3 owej dyrektywy, aby wykluczyć możliwość uwzględnienia przez TP jego orientacji seksualnej jako powodu odmowy zawarcia z nim umowy, to przy rozpoznawaniu niniejszej sprawy sąd odsyłający będzie zobowiązany odstąpić od stosowania art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej.

31. Istotne jest zatem ustalenie, czy odmowa zawarcia umowy ze względu na orientację seksualną potencjalnego kontrahenta jest objęta zakresem dyrektywy 2000/78, a dokładniej – czy taka umowa stanowi warunek „dostępu do […] pracy na własny rachunek”, o którym mowa w jej art. 3 ust. 1 lit. a).

32. Z uwagi na specyfikę sytuacji rozpatrywanej w niniejszej sprawie właściwym przepisem, który również może znaleźć zastosowanie, jest art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78.

33. W związku z tym struktura niniejszej opinii będzie następująca: Na samym początku przeanalizuję, czy art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78 obejmuje sytuacje takie jak ta rozpatrywana w niniejszej sprawie (zob. śródtytuł A poniżej). W tym względzie wyjaśnię, w jaki sposób należy rozumieć pojęcie pracy na własny rachunek, którym posłużono się w tym przepisie, oraz jak (o ile w ogóle) należy odróżniać je od pojęcia dostawy towarów i świadczenia usług. W dalszej kolejności wskażę, że zawarcie indywidualnej umowy jest objęte zakresem pojęcia „warunków dostępu do […] pracy na własny rachunek”, którym posłużono się w art. 3 ust. 1 lit. a)

dyrektywy 2000/78. Następnie (zob. śródtytuł B poniżej) przeanalizuję pokrótce, czy art. 3 ust. 1 lit. c) tej dyrektywy znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie, ponieważ w swoim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający przywołał również i ten przepis. Po ustaleniu, że oba te przepisy mają zastosowanie, zbadam, czy swoboda umów, w kształcie, jaki tej zasadzie nadano w art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej, może pozwolić na wyłączenie stosowania dyrektywy 2000/78 (zob. śródtytuł C poniżej), a jeżeli tak nie jest, to jakie skutki wywiera takie ustalenie w odniesieniu do art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej oraz jakie obowiązki spoczywają na sądzie odsyłającym w świetle prawa Unii (zob. śródtytuł D poniżej).

A. Stosowanie art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78

34. Zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78 ma ona zastosowanie do „warunków dostępu do zatrudnienia lub pracy na własny rachunek".

35. W przepisie tym jest zatem wyraźnie mowa o osobach pracujących na własny rachunek. Żaden z uczestników niniejszego postępowania nie kwestionuje, że J.K. można uznać za osobę pracującą na własny rachunek. Dlaczego więc w ogóle pojawia się pytanie o możliwość stosowania tego przepisu?

36. Po pierwsze, jak w postanowieniu odsyłającym wskazał sąd odsyłający, Trybunał nie wyjaśnił jeszcze, jak należy rozumieć pojęcie „pracy na własny rachunek", którym posłużono się w dyrektywie 2000/78. Z uwagi na fakt, że ta dyrektywa nie odsyła do prawa państw członkowskich, owo pojęcie trzeba interpretować jako autonomiczne pojęcie prawa Unii, przy czym objaśnienie jego znaczenia i zakresu należy w istocie do Trybunału[3]. Rozpatrywane odesłanie prejudycjalne daje zatem Trybunałowi taką możliwość.

37. Po drugie, rząd polski twierdzi, że nawet jeżeli J.K. jest osobą pracującą na własny rachunek, to zawarcie umowy z taką osobą nie stanowi warunku dostępu do pracy na własny rachunek.

38. Najpierw wyjaśnię więc, dlaczego uważam, że użyte w dyrektywie 2000/78 pojęcie „pracy na własny rachunek" obejmuje dostawę towarów i świadczenie usług, gdy zasadniczym elementem tych czynności jest praca wykonywana osobiście, którą dostawca towarów lub usługodawca wkłada w takie towary lub usługi. Wytłumaczę następnie, że dla osoby pracującej na własny rachunek zawarcie umowy z osobą, na rzecz której ma ona świadczyć pracę wykonywaną osobiście, stanowi warunek dostępu do pracy na własny rachunek. Oba te wyjaśnienia prowadzą do wniosku, że art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78 ma zastosowanie do sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w niniejszej sprawie.

1. Pojęcie pracy na własny rachunek na gruncie dyrektywy 2000/78

39. Dyrektywa 2000/78 nie zawiera definicji pojęcia „pracy na własny rachunek".

[3] Wyrok z dnia 25 czerwca 2020 r., A i in. (Turbiny wiatrowe w Aalter i Nevele) (C-24/19, EU:C:2020:503, pkt 75).

40. W doktrynie wskazuje się, że praca na własny rachunek stanowi często kategorię dopełniającą; „swoiste składowisko pojęciowe, na które trafiają wszystkie te stosunki zatrudnienia, które nie mieszczą się w (nierzadko ciasno wykrojonej) formie pracowniczego podporządkowania”[4]. Dlatego też na gruncie binarnego podziału pracy rozumianej jako czynnik produkcji osoba wykonująca pracę jest albo zatrudniona jako pracownik, albo pracuje na własny rachunek[5].

41. Co jednak w sytuacji, gdy praca wykonywana przez daną osobę może być jednocześnie zakwalifikowana jako dostawa towarów lub świadczenie usług na rzecz innych osób? Na przykład osoba, która za wynagrodzeniem podejmuje się sprzątania czyjegoś mieszkania lub upieczenia tortu na czyjeś urodziny, poprzez swoją pracę świadczy usługę (sprzątanie) lub dostarcza towar (tort). Jeżeli te przykładowe osoby zarabiają na życie właśnie w ten sposób, to możemy je postrzegać zarówno jako osoby pracujące na własny rachunek, jak i jako dostawców towarów lub usługodawców. Jako odbiorcy ich towarów lub usług jednocześnie „kupujemy” ich pracę oraz jej końcowy rezultat.

42. Czy w takim przypadku ci dostawcy towarów lub usługodawcy są objęci zakresem pojęcia „pracy na własny rachunek”, którym posłużono się w dyrektywie 2000/78?

43. Zanim przejdę dalej, muszę wyjaśnić, dlaczego w ogóle na gruncie dyrektywy 2000/78 powstaje kwestia rozgraniczenia między pracą na własny rachunek a dostawą towarów i świadczeniem usług.

44. Ta dyrektywa jest jedną z dyrektyw przyjętych na podstawie obecnego art. 19 TFUE[6], w którym to postanowieniu Unii przyznano kompetencję w zakresie zwalczania dyskryminacji. Dyrektywa 2000/78 zakazuje dyskryminacji z wielu powodów, wśród których znajduje się orientacja seksualna[7]. Niemniej jednak ta dyrektywa nie może służyć[8] i nie służy do tego, by w sposób ogólny walczyć z dyskryminacją ze względu na te zakazane podstawy. Prawodawca Unii zawęził „pole bitwy” w walce, której orężem jest owa dyrektywa, do dziedziny „zatrudnienia i pracy”[9].

45. Jednocześnie już od 2008 r. na ścieżce legislacyjnej Unii znajduje się wniosek dotyczący innej dyrektywy[10]. Owa dyrektywa, z chwilą jej przyjęcia (o ile to nastąpi)[11], będzie służyła zwalczaniu dyskryminacji ze względu na te same zakazane podstawy, które wymieniono

4 N. Countouris, V. De Stefano, *New trade union strategies for new forms of employment*, Brussels, ETUC 2019, s. 34. Zdaniem tych badaczy pojęcie pracy na własny rachunek „jest nieomal zawsze postrzegane jako dopełniająca czy też standardowa kategoria tego binarnego podziału – jeżeli dana osoba nie jest podporządkowanym pracownikiem, jeżeli jej praca nie podlega kontroli pracodawcy ani nie jest wykonywana pod jego kierownictwem, jeżeli nie jest ona zintegrowana w ramach prowadzonej działalności gospodarczej lub nie rodzi żadnego konkretnego ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej, to w większości systemów prawnych przyjmuje się po prostu, że taka osoba pracuje na własny rachunek”.

5 N. Countouris i V. De Stefano (op.cit.) zauważają zatem, że „jeżeli dana osoba nie jest podporządkowanym pracownikiem, jeżeli jej praca nie podlega kontroli pracodawcy ani nie jest wykonywana pod jego kierownictwem, jeżeli nie jest ona zintegrowana w ramach prowadzonej działalności gospodarczej lub nie rodzi żadnego konkretnego ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej, to w większości systemów prawnych przyjmuje się po prostu, że taka osoba pracuje na własny rachunek”.

6 Ta podstawa prawna została wprowadzona do traktatów traktatem z Amsterdamu, zaś w chwili uchwalenia dyrektywy 2000/78 był nią art. 13 WE.

7 Jak wskazano w art. 1 dyrektywy 2000/78, zakazuje ona dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

8 Artykuł 19 TFUE upoważnia Unię do walki z dyskryminacją jedynie w granicach kompetencji powierzonych jej przez traktaty.

9 Zobacz tytuł dyrektywy 2000/78 i jej art. 1.

10 Wniosek dotyczący dyrektywy Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną [COM(2008) 426 wersja ostateczna].

11 Z przebiegu prac przygotowawczych wynika, że najistotniejszymi czynnikami opóźniającymi przyjęcie tej dyrektywy są, po pierwsze, koszty zapewnienia niedyskryminacyjnego dostępu do towarów i usług dla osób z niepełnosprawnościami oraz, po drugie, pomocniczość. Zobacz podobnie Rada Unii Europejskiej, *Sprawozdanie z postępu prac*, nr 14046/21, 23 listopada 2021 r.

w dyrektywie 2000/78, między innymi w dziedzinie „dostępu do towarów i usług oraz ich dostarczania". Jest zatem jasne, że prawodawca Unii nie uregulował (jeszcze) „dostępu do towarów i usług oraz ich dostarczania" w celu zakazania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

46. Czy okoliczność, że w tym wniosku ustawodawczym posłużono się sformułowaniem „dostęp do towarów i usług oraz ich dostarczanie", wyłącza możliwość objęcia zakresem dyrektywy 2000/78 dostawców towarów i usług, które stanowią rezultat pracy wykonywanej przez nich osobiście? Nie uważam, aby tak było.

47. W dyrektywie 2000/78 nie doprecyzowano, jakie znaczenie należy przypisywać pojęciu „zatrudnienia i pracy", zaś we wniosku dotyczącym nowej dyrektywy [12] nie wyjaśniono bliżej, jak powinno się rozumieć sformułowanie „dostęp do towarów i usług oraz ich dostarczanie". Ponadto Trybunał nie zdefiniował jeszcze tych wyrażeń, w tym również w zakresie, w jakim posłużono się nimi w dyrektywie 2000/43 [13], która – w przeciwieństwie do dyrektywy 2000/78 – dotyczy zarówno „zatrudnienia i pracy", jak i „dostępu do dóbr [towarów] i usług oraz dostarczania dóbr [towarów] i usług" [14].

48. Moim zdaniem odpowiedź na pytanie, czy osoba, która oferuje swoją pracę w drodze dostaw towarów i świadczenia usług, jest osobą pracującą na własny rachunek w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78, zależy od tego, jakie znaczenie zostanie przypisane „zatrudnieniu i pracy", gdyż właśnie to sformułowanie wyznacza zakres stosowania dyrektywy 2000/78. Jeżeli to pojęcie obejmuje dostawy towarów i świadczenie usług będące rezultatem wykonywanej osobiście pracy na własny rachunek, to posłużenie się wyrażeniem „[dostarczanie] […] towarów i usług" w przywołanym wniosku ustawodawczym (przy czym zastrzegam w tym miejscu, że nie mam żadnego zamiaru przesądzać o jego wykładni) nie wyklucza możliwości zastosowania dyrektywy 2000/78 do takich osób pracujących na własny rachunek.

49. Co zatem oznacza (a czego nie oznacza) sformułowanie „zatrudnienie i praca"?

a) Pojęcie „zatrudnienia i pracy"

50. Zgodnie z art. 1 dyrektywy 2000/78 jej celem jest walka z dyskryminacją ze względu na enumeratywnie wymienione przyczyny w odniesieniu do „zatrudnienia i pracy".

51. Prawodawca Unii nie wyjaśnił bliżej, co oznaczają te pojęcia. Pewnych wskazówek dostarczają natomiast niektóre motywy dyrektywy 2000/78. W jej motywie 4 jest mowa o konwencji nr 111 Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP), w której posłużono się właśnie tym sformułowaniem. Rzeczona konwencja zakazuje dyskryminacji w dziedzinie zatrudnienia i wykonywania zawodu wobec „wszystkich pracowników", w tym tych, którzy pracują na własny rachunek [15].

[12] Zobacz przypis 10 niniejszej opinii.

[13] Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz.U. 2000, L 180, s. 22 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 20, t. 1, s. 23).

[14] Dyrektywa 2000/43, która zakazuje dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe i etniczne, również została uchwalona na podstawie obecnego art. 19 TFUE mniej więcej w tym samym czasie co dyrektywa 2000/78, dlatego też terminy użyte w obu tych dyrektywach są porównywalne.

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

52. W motywie 9 dyrektywy 2000/78 wyjaśniono, że „[z]atrudnienie i praca są podstawowymi elementami mającymi zapewnić równe szanse dla wszystkich i w szerokim zakresie przyczyniają się do pełnego uczestnictwa obywateli w życiu gospodarczym, kulturalnym i społecznym oraz do ich rozwoju".

53. Z tych dwóch motywów[16] zdaje się wynikać, że dyrektywa 2000/78 ma na celu ochronę wszystkich osób uczestniczących w życiu społecznym poprzez świadczenie pracy.

54. W orzecznictwie przychylono się do tego podejścia. W opinii w sprawie HK/Danmark i HK/Privat rzecznik generalny J. Richard de la Tour uznał, że „[c]elem tej dyrektywy jest wyeliminowanie, z uwagi na interes społeczny i publiczny, wszelkich opartych na dyskryminujących względach przeszkód w dostępie do środków utrzymania i zdolności wnoszenia wkładu do społeczeństwa poprzez pracę bez względu na formę prawną, w jakiej jest świadczona"[17]. Trybunał podzielił ten punkt widzenia w wydanym niedawno wyroku HK/Danmark i HK/Privat[18].

55. Całkowicie zgadzam się z tym stanowiskiem. Jeśli chodzi o cel dyrektywy 2000/78, to można rozumieć go w ten sposób, że jest nim zakazanie dyskryminacji między innymi ze względu na orientację seksualną w życiu zawodowym jednostki[19]. Z racji tego, że ten akt prawny dotyczy dziedziny „zatrudnienia i pracy", zmierza on do umożliwienia obywatelom realizowania własnego potencjału i zarabiania na życie poprzez świadczenie pracy.

56. To doniosłe znaczenie pracy dla samospełnienia jednostki zostało uznane w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą"). Zgodnie z jej art. 15 ust. 1 każdy ma prawo do podejmowania pracy oraz wykonywania swobodnie wybranego lub zaakceptowanego zawodu[20].

57. Dyrektywa 2000/78 ma więc na celu ochronę przed dyskryminacją osób wykonujących pracę, zaś jej art. 3 ust. 1 lit. a) zmierza do zapewnienia niedyskryminacyjnego dostępu do pracy.

16 Zobacz także uzasadnienie wniosku dotyczącego dyrektywy Rady ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy. W części tego uzasadnienia dotyczącej przepisu, który stał się później art. 3 dyrektywy 2000/78, wyraźnie wskazano, że „równe traktowanie w zakresie dostępu do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz samozatrudnienia oznacza zniesienie wszelkiej dyskryminacji wynikającej ze wszystkich przepisów wykluczających *dostęp jednostek do wszystkich form zatrudnienia i pracy*". Wyróżnienie własne.

17 Opinia rzecznika generalnego J. Richarda de la Toura w sprawie HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, pkt 37).

18 Wyrok z dnia 2 czerwca 2022 r., HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, pkt 34).

19 Zobacz w tym względzie szwedzka wersja dyrektywy 2000/78, w której art. 1 posłużono się wyrażeniem „życie zawodowe" („arbetslivet") jako odpowiednikiem angielskiego sformułowania „employment and occupation" czy też francuskiego zwrotu „emploi et travail".

20 Znaczenie pracy dla samospełnienia jednostki zostało również uwypuklone w orzecznictwie. W opinii w sprawie Coleman (C-303/06, EU:C:2008:61, pkt 11) rzecznik generalny M. Poiares Maduro uznał, że „[d]ostęp do zatrudnienia i rozwoju zawodowego [ma] fundamentalne znaczenie dla każdej osoby, nie tylko jako sposób zarabiania na życie, lecz jako ważny sposób samospełnienia i realizacji swego potencjału". W opinii w sprawie Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2019:922, pkt 44) rzecznik generalna E. Sharpston przywołała ten cytat ze względu na to, że jest on istotny dla zrozumienia zakresu zastosowania dyrektywy 2000/78.

58. Jak należy – na potrzeby określenia zakresu stosowania dyrektywy 2000/78 – rozumieć pojęcie „pracy”? W najnowszym orzecznictwie potwierdzono, że dyrektywa 2000/78 ma szeroki zakres stosowania [21], którym nie są objęte wyłącznie warunki dostępu do stanowisk zajmowanych przez „pracowników” w rozumieniu art. 45 TFUE [22].

59. W związku z tym dyrektywa 2000/78, która zapewnia ochronę osobom wykonującym pracę, nie dotyczy wyłącznie „pracowników” w rozumieniu uregulowań w dziedzinie swobodnego przepływu lub aktów prawa wtórnego uchwalonych na podstawie art. 153 TFUE [23]. Oczywiście niezależnie od tego, że dyrektywa 2000/78 wykracza swoim zakresem poza „pracowników” w rozumieniu art. 45 TFUE, to obejmuje ona również i tę kategorię osób [24].

60. W XXI wieku potrzebujemy szerszej definicji osoby wykonującej pracę [25]. Obecnie osobą wykonującą pracę jest ktoś, kto poświęca, nierzadko z entuzjazmem, własny czas, własną wiedzę, własne umiejętności oraz własną energię, aby świadczyć usługę lub stworzyć produkt nie dla siebie, lecz dla innej osoby, i komu z tego tytułu (co do zasady) przyrzeczone jest wynagrodzenie.

61. Dyrektywa 2000/78 służy zapewnieniu niedyskryminacyjnego dostępu do każdej pracy wykonywanej w celu zarabiania na życie, we wszystkich różnorodnych formach, w jakich może być ona oferowana. Jeśli przyjmie się takie rozumienie celu przyświecającego dyrektywie 2000/78, to nie ma – jak wyjaśnię w następnej sekcji – żadnego uzasadnienia dla wyłączenia z jej zakresu pracy na własny rachunek, która polega na dostarczaniu towarów lub świadczeniu usług i która jest wykonywana w dowolnej dozwolonej prawem formie.

b) Różnorodność pracy oraz powodów, dla których dostaw towarów i świadczenia usług nie można wyłączyć z zakresu stosowania dyrektywy 2000/78

62. Pracą jest zarówno działalność, jak i rezultat tej działalności [26]. Dla stosowania prawa antydyskryminacyjnego w dziedzinie „zatrudnienia i pracy” nie ma znaczenia, czy pracownik zawczasu dostarcza odbiorcy rezultat swojej pracy, jak ma to miejsce w przypadku klasycznego stosunku pracy, czy też oferuje go odbiorcom po pewnym czasie, jako towar lub usługę. W obu sytuacjach pracownik zarabia na życie i uczestniczy w życiu społecznym, ponieważ oferuje swoją pracę wykonywaną osobiście.

[21] Wyrok z dnia 23 kwietnia 2020 r., Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, pkt 39, zwany dalej „wyrokiem LGBTI”). Zobacz także opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w tej sprawie (C-507/18, EU:C:2019:922, pkt 42). W wyroku HK/Danmark i HK/Privat Trybunał powtórzył, że pojęcia „zatrudnienia”, „pracy na własny rachunek” i „pracy” należy rozumieć szeroko, ponieważ z porównania poszczególnych wersji językowych art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78 wynika, iż w wielu z nich użyto ogólnych wyrażeń. Wyrok z dnia 2 czerwca 2022 r., HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, pkt 27).

[22] Wyrok z dnia 2 czerwca 2022 r., HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, pkt 29). Zobacz także pkt 28 owego wyroku, w którym Trybunał stwierdził, iż „[…] poza faktem, że [dyrektywa 2000/78] odnosi się wyraźnie do działalności na własny rachunek, z pojęć »zatrudnienia« i »pracy«, rozumianych w ich przyjętym znaczeniu, wynika również, że prawodawca Unii nie zamierzał ograniczyć zakresu stosowania dyrektywy 2000/78 do stanowisk zajmowanych przez »pracownika« w rozumieniu art. 45 TFUE”.

[23] Na temat ewolucji pojęcia „pracownika” na gruncie prawa rynku wewnętrznego i wtórnego prawa pracy w orzecznictwie Trybunału zob.: N. Countouris, The Concept of „Worker” in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope, *Industrial Law Journal*, 2018, s. 192–225; I. Lang Goldner, Sloboda kretanja radnika, w: *Pravo unutarnjeg tržišta Europske unije*, (eds) T. Ćapeta, I. Goldner Lang, Zagreb, Narodne Novine 2021, s. 77–110.

[24] Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego J. Richarda de la Toura w sprawie HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, pkt 35).

[25] Zobacz podobnie A. Supiot, Homo faber: continuités et ruptures, w: *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT*, (ed.) A. Supiot, Paris, éditions de l'Atelier 2019, s. 15–41.

[26] Zobacz także podobnie: A. Supiot, Homo faber: continuités et ruptures, w: *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT*, (ed.) A. Supiot, Paris, éditions de l'Atelier 2019, s. 15–41, na s. 17; M.-A. Dujarier, *Troubles dans le travail, Sociologie d'une catégorie de pensée*, Paris, puf 2021, s. 365–366.

63. Ta sama praca może być świadczona w różnych formach, nawet jeżeli tradycyjne zatrudnienie, rozumiane jako praca w pełnym wymiarze oraz na czas nieokreślony, która wpisuje się w ramy dwustronnego stosunku pracy wykonywanej w warunkach podporządkowania [27], nadal pozostaje najczęściej spotykanym modelem. Niestandardowe formy pracy stają się jednak coraz powszechniejsze [28], prowadzą one do fragmentacji rynku pracy [29] oraz skutkują nowymi wyzwaniami regulacyjnymi [30].

64. Jednostka może zarabiać na życie, pracując dla jednego „pracodawcy" lub dla większej ich liczby, przez dłuższe lub krótsze okresy, w niepełnym wymiarze lub jedynie sezonowo, w jednym miejscu lub w różnych miejscach oraz z wykorzystaniem własnych narzędzi lub narzędzi należących do innej osoby. Praca może być też uzgodniona w ujęciu czasowym (np. 20 godzin miesięcznie) lub przez odniesienie do zadań przeznaczonych do wykonania (np. pomalowanie na biało sześciu ścian) [31].

65. Jednostka może więc na różne sposoby wykonywać tę samą pracę. Oznacza to również, że ta sama praca może się wpisywać w różne ramy prawne. Dostępne ramy prawne mające zastosowanie do określonego rodzaju pracy mogą różnić się w zależności od państwa członkowskiego.

66. Te odmienne ramy prawne nie powinny zatem mieć znaczenia z punktu widzenia stosowania dyrektywy 2000/78. Istotny dla jej stosowania jest natomiast fakt, że jednostka świadczy *pracę osobiście*, niezależnie od formy prawnej, w jakiej praca ta jest świadczona.

67. Pojęcie „pracy wykonywanej osobiście" pojawiło się w prawie pracy w reakcji na rozdrobnienie pracy, wskutek którego wiele osób zostało pozbawionych ochrony prawa pracy z tego powodu, że nie mieszczą się w tradycyjnej definicji pracownika [32]. W związku z tym zaproponowano, aby praca wykonywana osobiście stanowiła kryterium pozwalające wskazać, którzy pracownicy mogą korzystać z praw pracowniczych, a którzy są pozbawieni tego przywileju.

[27] W taki właśnie sposób „standardowy stosunek pracy" zdefiniowano w opracowaniu MOP dotyczącym niestandardowych form pracy. Zobacz *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, Genève, ILO 2016, s. 7. Zobacz także mapa na s. 52 tego opracowania.

[28] Ibidem.

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

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

[31] Hugh Collins wyjaśnia, że praca wykonywana osobiście może być świadczona na podstawie umowy przewidującej wynagrodzenie należne pod warunkiem zobowiązania się przez pracownika do świadczenia pracy i wykonania powierzonych mu zadań w określonych ramach czasowych albo też na podstawie umowy przewidującej wynagrodzenie należne pod warunkiem osiągnięcia określonego rezultatu. Z ekonomicznego punktu widzenia mogą istnieć różne powody przemawiające za uzgodnieniem konkretnej formy pracy, które zazwyczaj wykazują związek z kwestią podziału ryzyka. Zobacz podobnie H. Collins, Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10(3), 1990, s. 362.

[32] Co się tyczy koncepcji pracy wykonywanej osobiście, zob. na przykład: M. Freedland, N. Countouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford, OUP 2011, s. 5, 42; A. Supiot, Towards a European policy on work, w: *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, (eds) N. Countouris, M. Freedland, Cambridge, CUP 2013, s. 19–35, na s. 35; N. Countouris, V. De Stefano, *New trade union strategies for new forms of employment*, Brussels, ETUC 2019, s. 64.

68. Niemniej jednak prawnicy zajmujący się prawem pracy skłaniają się ku temu, by obejmować zakresem jego stosowania wszystkich pracowników świadczących usługi osobiście, przy czym wyłączają z niego pracowników, którzy „w rzeczywistości prowadzą przedsiębiorstwo na własny rachunek” [33].

69. Moim zdaniem w prawie antydyskryminacyjnym Unii należy przyjmować jeszcze szerszą definicję pracy wykonywanej osobiście, która obejmuje również przedsiębiorstwa [34], o ile przedsiębiorca świadczy pracę, którą wykonuje osobiście.

70. Wynika to z odmiennych celów przyświecających uregulowaniom antydyskryminacyjnym oraz przepisom prawa pracy.

71. Prawo pracy (którego podstawę prawną w Unii stanowi art. 153 TFUE) zakłada ochronę pracownika przed osobą, na której rzecz dostarcza on towary lub świadczy usługi, ze względu na przyjmowane założenie, że w ramach takiego stosunku zatrudnienia znajduje się on w relacji podporządkowania, a zatem w gorszym położeniu.

72. Dyrektywie 2000/78, którą uchwalono na podstawie obecnego art. 19 TFUE, przyświeca zaś inny cel [35]. Jest to instrument służący zagwarantowaniu wszystkim równych szans pracy. Owa równość szans wymaga, aby dostęp jednostki do pracy nie był ograniczony między innymi ze względu na jej orientacją seksualną. W związku z tym zwieńczeniem procesu wdrażania dyrektywy 2000/78 powinna być sytuacja, w której każda osoba lub firma starająca się o pozyskanie pracy będzie „ślepa” na te cechy charakterystyczne potencjalnego pracownika, ze względu na które dyskryminacja jest zakazana, w tym także na jego orientację seksualną.

73. Dlatego właśnie z zakresu stosowania dyrektywy 2000/78 nie można wyłączyć dostaw towarów i świadczenia usług jako formy pracy wykonywanej osobiście.

74. Aby wyjaśnić, co mam na myśli, posłużę się przykładem. Załóżmy, że pewna kobieta ma umiejętności informatyczne i potrafi na przykład tworzyć oprogramowanie wykorzystujące algorytmy uczenia maszynowego. Gdy zastanawiamy się nad tym, w jaki sposób mogłaby ona wykonywać pracę, do której posiada kwalifikacje, to na myśl przychodzi nam przede wszystkim zatrudnienie, na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze, przez firmę zajmującą się tworzeniem oprogramowania.

75. Nie jest jednak wykluczone, że praca tylko dla jednego przedsiębiorstwa nie będzie dla niej satysfakcjonująca, dlatego zdecyduje się zaoferować tę samą pracę wielu różnym firmom jako osoba pracująca na własny rachunek. Przykładowo może ona spróbować nawiązać stabilną relację z jednym przedsiębiorstwem, aby mieć pewność regularnego otrzymywania wynagrodzenia. Ten cel da się osiągnąć z wykorzystaniem umowy o dostawę określonych towarów i świadczenie określonych usług (na przykład stworzenie zindywidualizowanych algorytmów uczenia

[33] Taką definicję stosunku zatrudnienia opartego na pracy wykonywanej osobiście zaproponowali N. Countouris i V. De Stefano: „koncepcja »stosunku zatrudnienia opartego na pracy wykonywanej osobiście« może posłużyć do zdefiniowania zakresu stosowania ratione personae prawa pracy w ten sposób, że ma ono zastosowanie do każdej osoby zatrudnionej przez inną osobę w celu świadczenia pracy, chyba że ta pierwsza osoba w rzeczywistości prowadzi przedsiębiorstwo na własny rachunek” (*New trade union strategies for new forms of employment*, Brussels, ETUC 2019, s. 65).

[34] Zobacz także podobnie C. Barnard, który wyjaśnia, że niekiedy przyjmuje się, iż pojęcie „osób pracujących na własny rachunek” obejmuje, w dziedzinie prawa równościowego, także niezależnych samozatrudnionych (przedsiębiorców) (*EU Employment Law*, 4th ed., Oxford, OUP 2012, s. 348).

[35] W wyroku z dnia 2 czerwca 2022 r., HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, pkt 34), Trybunał stwierdził, że „jak zauważył rzecznik generalny w pkt 37 opinii, dyrektywa 2000/78 nie jest takim samym aktem prawa wtórnego Unii jak przepisy oparte w szczególności na art. 153 ust. 2 TFUE, które dotyczą ochrony wyłącznie pracowników jako słabszej strony stosunku pracy […]”.

maszynowego, utrzymywanie oprogramowania firmowego oraz przeszkolenie pracowników firmy w zakresie jego obsługi). Tego rodzaju umowa może zostać zawarta na czas określony, na przykład na rok, i być corocznie przedłużana. Jednocześnie ta kobieta będzie się starała znaleźć inne przedsiębiorstwa, które mogłyby potrzebować jej pracy. Z takimi innymi przedsiębiorstwami lub osobami fizycznymi mogłaby ona zawrzeć tylko jedną konkretną umowę na stworzenie potrzebnych im algorytmów uczenia maszynowego.

76. Kobieta z naszego przykładu byłaby zatem związana, jako osoba pracująca na własny rachunek, różnego rodzaju stosunkami umownymi. Pierwszym z nich byłby stosunek znajdujący swoje źródło w umowie o świadczenie usług przez konkretną liczbę godzin w miesiącu lub w roku, podczas gdy pozostałe stosunki wynikałyby z umów o stworzenie produktu końcowego, mianowicie oprogramowania dostosowanego do potrzeb danego klienta. Każda z wymienionych powyżej prac może mieć za podstawę zawarte indywidualnie z naszą programistką umowy o dostawy towarów lub świadczenie usług. Mogłaby ona jednak również zdecydować się założyć firmę i sprzedawać swoją pracę za jej pośrednictwem.

77. Niektóre państwa członkowskie mogą na przykład zakazywać zawierania kolejnych indywidualnych umów o świadczenie usług z tym samym przedsiębiorstwem. Taka sytuacja może nawet wynikać z wdrożenia przepisów Unii w dziedzinie prawa pracy, które zmierzają do zagwarantowania pracownikom bezpieczniejszych umów o pracę na czas określony[36]. Nasza programistka nie chce jednak być zatrudniona. Przedsiębiorstwo, dla którego pracuje na podstawie zawieranych kolejno rocznych umów o świadczenie usług, także nie jest skłonne do tego, by ją zatrudnić, natomiast nadal pragnie z nią współpracować. W takiej sytuacji może ona się zdecydować założyć własną firmę. Mogłaby ona wówczas oferować temu przedsiębiorstwu swoją pracę za pośrednictwem własnej firmy, nie naruszając przy tym przepisów zakazujących zawierania kolejnych umów o świadczenie usług na czas określony.

78. We wszystkich opisanych w powyższym przykładzie wariantach programistka wykonuje ten sam rodzaj pracy, zaś przedsiębiorstwa i osoby fizyczne, z którymi zawarła ona umowy, zaspokajają to samo zapotrzebowanie na pracę.

79. Niemniej jednak można argumentować, że umowa zawarta z nią jako osobą fizyczną przewiduje w istocie pracę na własny rachunek, co nie ma miejsca w przypadku umowy zawartej z jej firmą, gdyż wówczas ma miejsce dostawa towarów lub świadczenie usług. W pierwszym przypadku potencjalny „pracodawca” kupuje jej „pracę”, natomiast w drugim – jej „towary” lub „usługi”.

80. Czy w świetle dyrektywy 2000/78, która ma na celu ochronę prawa jednostek do uczestnictwa w życiu społecznym i zarabiania na swoje utrzymanie poprzez pracę wykonywaną osobiście, rzeczywiście ma to jakiekolwiek znaczenie? Odmowa zawarcia przez przedsiębiorstwo umowy z naszą hipotetyczną programistką z tej przyczyny, że jest ona osobą homoseksualną (lub dlatego, że wyznaje określoną religię lub jest zbyt stara albo zbyt młoda) albo że ma inne cechy charakterystyczne, które nie wykazują żadnego związku z jej zdolnością do tworzenia oprogramowania do uczenia maszynowego, uniemożliwia jej dostęp do tego konkretnego zajęcia, a tym samym ogranicza jej dostęp do pracy.

[36] Klauzula 5 Porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony z dnia 18 marca 1999 r., które stanowi załącznik do dyrektywy Rady 99/70/WE z dnia 28 czerwca 1999 r. dotyczącej Porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC) (Dz.U. 1999, L 175, s. 43 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 5, t. 3, s. 368).

81. Nie ma problemu z przyjęciem, że tego rodzaju dyskryminacja byłaby niedopuszczalna, gdyby owa kobieta poszukiwała tradycyjnego zatrudnienia. Dlaczego tak samo nie miałoby być we wszystkich innych przypadkach, w których oferowałaby ona swoją pracę bądź to na podstawie umów o dostawę towarów lub świadczenie usług zawartych z nią jako osobą fizyczną, bądź też na podstawie umów o dostawę towarów lub świadczenie usług zawartych z jej firmą, lecz przewidujących świadczenie przez nią pracy wykonywanej osobiście?

82. Zasadniczo w tym względzie nie ma żadnej różnicy zarówno z jej perspektywy, jak i z perspektywy przedsiębiorstwa korzystającego z wykonywanej przez nią osobiście pracy. Świadczy ona bowiem pracę, której potrzebuje ktoś inny. Wyłączenie części tych sytuacji z zakresu stosowania dyrektywy 2000/78, która zmierza do zapewnienia wolnego od dyskryminacji dostępu do środków utrzymania oraz zdolności działania na rzecz społeczeństwa poprzez pracę, bez względu na to, w jakiej formie jest ona świadczona [37], wydaje mi się rozbieżne z celami owej dyrektywy.

83. Z punktu widzenia stosowania prawa antydyskryminacyjnego bez znaczenia pozostaje, czy osoba świadcząca pracę jest jednocześnie przedsiębiorcą, w związku z czym nie znajduje się względem potencjalnego „pracodawcy” w relacji podporządkowania, lecz w relacji równorzędności [38]. W końcu w niektórych systemach prawnych osoby pracujące na własny rachunek są zobowiązane, przynajmniej w przypadku wykonywania określonych zawodów, do zarejestrowania się jako przedsiębiorcy lub przynajmniej są zazwyczaj zorganizowane w taki właśnie sposób.

84. Tak jest chociażby w sytuacji przedstawicieli handlowych. Stosunki łączące ich ze zleceniodawcami są stosunkami pomiędzy przedsiębiorcami. Niemniej jednak w większości przypadków przedstawiciele handlowi są osobami pracującymi na własny rachunek, które jednocześnie prowadzą jednoosobową działalność gospodarczą lub są jedynymi właścicielami małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) [39]. Czy potencjalny zleceniodawca mógłby odmówić zawarcia umowy z przedstawicielem handlowym tylko ze względu na jego określoną orientację seksualną? Czy tego rodzaju odmowa nie byłaby objęta zakresem stosowania dyrektywy 2000/78?

85. Wreszcie, gdyby z zakresu stosowania dyrektywy 2000/78 miały być wyłączone realizowane osobiście czynności polegające na dostawie towarów i świadczeniu usług, to przedsiębiorstwa lub osoby fizyczne potrzebujące, by na ich rzecz została wyświadczona określona praca, mogłyby obchodzić zakaz dyskryminacji w ten sposób, że nie zatrudniałyby usługodawcy, lecz „kupowałyby” towary lub usługi. Jak utrzymują J.K. oraz Komisja, stałoby to w sprzeczności z effet utile owej dyrektywy.

86. Jeżeli należy zakazać dyskryminacji w zakresie dostępu do pracy ze względu na enumeratywnie wymienione przyczyny, to dostaw towarów i świadczenia usług nie można wyłączyć z pojęcia pracy na własny rachunek, o którym mowa w art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78, o ile dostawca oferuje swoją pracę osobiście, aby zarabiać na życie.

[37] Zobacz pkt 54 niniejszej opinii i przytoczone tam orzecznictwo.

[38] Nie oznacza to, że w innych dziedzinach prawa Unii, takich jak na przykład prawo konkurencji, taka okoliczność pozostaje bez znaczenia. Zobacz podobnie wyrok z dnia 4 grudnia 2014 r., FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411).

[39] Zobacz podobnie dokument roboczy służb Komisji z dnia 16 lipca 2015 r., Evaluation of Directive 86/653 (REFIT Evaluation) [Ocena dyrektywy 86/653 (ocena REFIT)], SWD(2015) 146 final.

87. Okoliczności niniejszej sprawy są tego rodzaju, że TP potrzebowała skorzystać z usług montażysty. Ten nadawca telewizyjny uznał, z nieujawnionych powodów (być może było to tańsze), że korzystniej jest nabyć usługi w zakresie montażu od niezależnego wykonawcy aniżeli go zatrudnić. Inny nadawca telewizyjny mógłby skalkulować to inaczej – zatrudnienie montażysty w niepełnym lub pełnym wymiarze mogłoby być tańsze lub postrzegane przez niego jako mniej ryzykowne. Nie widzę żadnego uzasadnionego powodu, dla którego dyrektywę 2000/78 należałoby interpretować w ten sposób, że zakazuje ona nadawcy telewizyjnemu uwzględniania orientacji seksualnej przy zatrudnianiu montażysty, natomiast nie zakazuje tego wówczas, gdy jego usługi są zamawiane u niego bezpośrednio lub za pośrednictwem jego firmy. Zarówno z perspektywy nadawcy telewizyjnego, jak i montażysty sytuacja jest zasadniczo taka sama – nadawca telewizyjny nabywa potrzebne mu usługi w zakresie montażu, zaś montażysta oferuje swoją pracę wykonywaną osobiście.

Wniosek częściowy

88. Pojęcie „pracy na własny rachunek" w rozumieniu dyrektywy 2000/78 obejmuje dostawę towarów i świadczenie usług, w przypadku gdy osoba dokonująca dostawy towarów lub usługodawca świadczy pracę wykonywaną osobiście. W takiej sytuacji potencjalny odbiorca towarów lub usług nie może odmówić podpisania umowy ze względu na orientację seksualną osoby dokonującej dostawy towarów lub usługodawcy.

2. Czy zawarcie indywidualnej umowy stanowi „warunek dostępu do […] pracy na własny rachunek" w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78?

89. Rząd polski argumentuje, że odmowa zawarcia indywidualnej umowy o świadczenie usług nie jest objęta zakresem pojęcia „warunku dostępu do […] pracy na własny rachunek" w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78. Jego zdaniem sformułowanie „warunek dostępu do pracy na własny rachunek" odnosi się wyłącznie do ogólnych warunków wykonywania określonych zawodów. Ta norma dotyczy, jak wyjaśnił rząd polski na rozprawie, wyłącznie zawodów regulowanych. W rozpatrywanej sprawie żadna norma prawa publicznego nie stoi na przeszkodzie temu, by J.K. oferował swoje usługi w zakresie montażu. W związku z tym nie istnieje żadna bariera w jego dostępie do tego zawodu. Indywidualna decyzja potencjalnego usługobiorcy nie stanowi zatem „warunku dostępu do […] pracy na własny rachunek". Tego rodzaju decyzja jest natomiast objęta swobodą wyboru strony umowy.

90. J.K., rządy belgijski, niderlandzki i portugalski oraz Komisja są zdania, że art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78 ma zastosowanie do odmowy, z powodu orientacji seksualnej, zawarcia umowy z osobą pracującą na własny rachunek.

91. Trybunał miał już okazję wyjaśnić pojęcie „warunków dostępu do zatrudnienia", użyte w art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78, w wyroku LGBTI[40] zapadłym w sprawie, której przedmiotem również była dyskryminacja ze względu na orientację seksualną. Trybunał wyjaśnił najpierw, że to wyrażenie należy interpretować zgodnie z jego zwykłym znaczeniem w języku potocznym oraz z uwzględnieniem kontekstu, w którym zostało ono użyte, i celów uregulowania, którego część

[40] Punkt 39.

stanowi [41]. Na tej podstawie Trybunał stwierdził, że warunki dostępu oznaczają „okoliczności lub fakty, których istnienie należy bezwzględnie wykazać, żeby dana osoba mogła uzyskać określone zatrudnienie lub pracę” [42].

92. W wyroku LGBTI Trybunał odniósł się wprawdzie jedynie do dostępu do zatrudnienia, jednak ten sam wniosek nasuwa się również w przypadku pojęcia „warunków dostępu do […] pracy na własny rachunek”, skoro w art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78 mowa jest jednocześnie o dostępie do zatrudnienia oraz pracy na własny rachunek i zawodu. Dlatego też warunki dostępu do pracy na własny rachunek oznaczają okoliczności lub fakty, które należy bezwzględnie wykazać, żeby dana osoba mogła zdobyć określone zajęcie jako osoba pracująca na własny rachunek.

93. Osoba pracująca na własny rachunek rozpoczyna wykonywanie powierzonego jej zajęcia poprzez zawarcie umowy o świadczenie usług lub podobnej umowy cywilnoprawnej. Jeżeli potencjalny odbiorca usług świadczonych przez osobę pracującą na własny rachunek uzależnia dostęp do danego zajęcia w ten sposób, że wymaga, aby osoba je wykonująca nie była osobą homoseksualną, to jest jasne, iż osoba o takiej orientacji seksualnej nie może uzyskać tej konkretnej pracy.

94. W związku z tym, jeżeli, w sytuacji klasycznego zatrudnienia, odmowa zawarcia z daną osobą umowy o pracę ze względu na jej orientację seksualną jest zakazana przez art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78, to odmowa zawarcia umowy o świadczenie usług lub podobnej umowy z osobą pracującą na własny rachunek ze względu na jej orientację seksualną również musi być zakazana przez ten przepis, który odnosi się zarówno do zatrudnienia, jak i do pracy na własny rachunek.

95. Wreszcie chciałabym udzielić odpowiedzi na dodatkowe pytanie, nad którym zastanawiano się na rozprawie. Czy art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78 miałby zastosowanie także w hipotetycznej sytuacji, w której osoba pracująca na własny rachunek, taka jak J.K., nie pozostawała wcześniej w długotrwałym stosunku zatrudnienia, lecz po raz pierwszy ubiegała się o kontrakt, zaś umowy z nią nie zdecydowano się podpisać ze względu na jej orientację seksualną? Inaczej mówiąc, czy ciągłość pracy ma jakiekolwiek znaczenie?

96. J.K. i Komisja są zdania, że nic nie zmieniłoby się w sytuacji, gdyby o kontrakt ubiegano się po raz pierwszy. Rząd polski podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, zgodnie z którym indywidualne decyzje tego rodzaju nie wchodzą w zakres pojęcia „warunków dostępu do […] pracy na własny rachunek”.

97. Zgadzam się z J.K. i Komisją. Regulacją lit. a) jest objęty dostęp do pracy. Wcześniejsze stosunki zatrudnienia nie mają żadnego związku z ubieganiem się o kontrakt i pomyślnym zawarciem umowy. Innymi słowy, nie jest tak, że odmowa zawarcia umowy w postępowaniu głównym jest objęta regulacją art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78 z tego powodu, iż J.K. był wcześniej związany umowami z TP, lecz dlatego, że pozbawiono go dostępu do nowej pracy wskutek tego, iż TP odmówiła zawarcia z nim umowy.

41 Wyrok LGBTI, pkt 32.

42 Wyrok LGBTI, pkt 33.

Wniosek częściowy

98. Odmowa zawarcia indywidualnej umowy o świadczenie usług z osobą pracującą na własny rachunek, umotywowana orientacją seksualną tej osoby, jest objęta zakresem pojęcia „warunków dostępu do […] pracy na własny rachunek", którym posłużono się w art. 3 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/78.

B. Stosowanie art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78

99. W konkretnych okolicznościach niniejszej sprawy odmowa zawarcia umowy z J.K. nie tylko pozbawia go dostępu do nowego zajęcia, lecz także skutkuje zakończeniem jego siedmioletniej współpracy z TP wyłącznie z powodu jego orientacji seksualnej. Jestem zatem zdania, że w niniejszej sprawie zastosowanie ma również art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78.

100. Rząd polski podniósł, że art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78 nie może znaleźć zastosowania z dwóch powodów: po pierwsze, w tym przepisie nie ma wyraźnie mowy o pracy na własny rachunek oraz, po drugie, nie ma możliwości zwolnienia osoby pracującej na własny rachunek.

101. Według mnie art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78 stanowi uzupełnienie regulacji zawartej w lit. a). Podczas gdy ten drugi przepis stosuje się do dostępu do pracy, ów pierwszy przepis ma zastosowanie do warunków pracy, w tym do jej zakończenia. W związku z tym brak w lit. c) wzmianki o pracy na własny rachunek należy raczej złożyć na karb nieprzejrzystej techniki legislacyjnej, a nie przypisywać go przyświecającemu prawodawcy zamiarowi wykluczenia osób pracujących na własny rachunek. O ile bowiem art. 3 ust. 1 lit. a) odnosi się tak do zakresu zastosowania ratione personae, jak i ratione materiae dyrektywy 2000/78, o tyle art. 3 ust. 1 lit. c) odnosi się wyłącznie do jej zakresu zastosowania ratione materiae.

102. Ponadto prawdą jest, że osób pracujących na własny rachunek nie można zwolnić, skoro słowo „zwolnienie" jest używane wyłącznie w kontekście zatrudnienia. Ta kwestia jest jednak pozbawiona znaczenia. W art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78 zwolnienie przywołano tytułem przykładu, aby wskazać, co należy rozumieć przez pojęcie „warunków zatrudnienia i pracy". Przepis ten ma zastosowanie do wszystkich warunków pracy i jej zakończenia [43].

Wniosek częściowy

103. Sytuacja, taka jak ta rozpatrywana w niniejszej sprawie, w której osoba pracująca na własny rachunek, nawiązała już współpracę z usługobiorcą, który odmawia zawarcia nowej umowy wyłącznie ze względu na orientację seksualną tej osoby, jest objęta zakresem stosowania art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78.

[43] Pragnę ponadto zwrócić uwagę, że Trybunał, w odmiennym kontekście dotyczącym swobodnego przepływu i praw obywateli wynikających z dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz.U. 2004, L 158, s. 77 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 5, t. 5, s. 46), uznał już, iż utratę pracy przez osobę pracującą na własny rachunek w sposób przez nią niezamierzony można zrównać ze zwolnieniem pracownika najemnego w sposób przez niego niezamierzony. Zobacz wyroki: z dnia 20 grudnia 2017 r., Gusa (C-442/16, EU:C:2017:1004, pkt 43); z dnia 11 kwietnia 2019 r., Tarola (C-483/17, EU:C:2019:309, pkt 48).

C. Czy można się powołać na swobodę umów, aby uzasadnić dyskryminację ze względu na orientację seksualną?

104. W odesłaniu prejudycjalnym w sposób dorozumiany poruszono także kwestię, czy TP może się powołać na swobodę umów, rozumianą jako prawo do swobodnego wyboru strony umowy, o którym mowa w art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej, aby uzasadnić wyłączenie stosowania dyrektywy 2000/78.

105. Artykuł 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78 stanowi, że przepisy krajowe mogą wyjątkowo wyłączyć jej stosowanie, jeśli są niezbędne między innymi dla ochrony praw i wolności innych osób. Trybunał wyjaśnił, że ten przepis, który wprowadza odstępstwo od zakazu dyskryminacji, powinien być interpretowany ściśle [44].

106. Czy art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej można uznać za przepis, który w społeczeństwie demokratycznym jest niezbędny dla ochrony praw i wolności innych osób, jak przewidziano to w art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78?

107. Artykuł 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej gwarantuje swobodę wyboru strony umowy. Zgodnie z owym przepisem tę swobodę można ograniczyć, aby zapobiegać dyskryminacji ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość. Niemniej jednak ograniczenia swobody umów nie przewidziano w sytuacji, w której skutkiem dokonanego wyboru jest dyskryminacja ze względu na orientację seksualną. W związku z tym na gruncie tej ustawy dozwolone jest, aby decyzja o zawarciu umowy była motywowana orientacją seksualną potencjalnego kontrahenta.

108. Na podstawie art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78 przepis prawa krajowego, który dopuszcza dyskryminację ze względu na orientację seksualną, nie jest sprzeczny z ową dyrektywą, jeżeli jest niezbędny do zagwarantowania swobody umów.

109. Na samym początku, jeszcze zanim w ogóle przystąpię do jakiegokolwiek badania proporcjonalności, muszę przyznać, że mierzę się z pewnymi trudnościami, gdy próbuję przeanalizować to zagadnienie w kontekście wyważania. Czy przyzwolenie na dyskryminację ze względu na którąkolwiek z zakazanych podstaw może w ogóle stanowić element swobody umów w społeczeństwie opartym na wartości równości [45]?

110. Skoro jednak można przyjąć, że swoboda umów jest ograniczona zakazem dyskryminacji ze względów wymienionych enumeratywnie w dyrektywie 2000/78, to klasyczna analiza proporcjonalności prowadzi do wniosku, iż dopuszczenie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną nie jest niezbędne dla ochrony swobody umów w społeczeństwie demokratycznym.

[44] Zobacz podobnie wyrok z dnia 13 września 2011 r., Prigge i in. (C-447/09, EU:C:2011:573, pkt 56).

[45] W wydanych niedawno wyrokach Trybunał, obradujący w pełnym składzie, wyjaśnił, że wartości wymienione enumeratywnie w art. 2 TUE, do których zalicza się równość, stanowią o samej tożsamości Unii (wyroki: z dnia 16 lutego 2022 r., Węgry/Parlament i Rada, C-156/21, EU:C:2022:97, pkt 232; z dnia 16 lutego 2022 r., Polska/Parlament i Rada, C-157/21, EU:C:2022:98, pkt 264). Celem dyrektywy 2000/78 jest właśnie urzeczywistnienie wartości, jaką jest równość, poprzez wprowadzenie w życie zakazu dyskryminacji wyrażonego w art. 21 karty. Począwszy już od sprawy zakończonej wydaniem wyroku z dnia 8 kwietnia 1976 r., Defrenne (43/75, EU:C:1976:56), równość stanowi model społeczny, do którego osiągnięcia dąży Unia. Przykładowo C. McCrudden wyjaśnia, że jeżeli rozumieć równość jako koncepcję zakładającą ochronę praw, to zasada równego traktowania ma szczególne znaczenie przy wykazywaniu, iż cele Unii wykraczają poza cele gospodarcze i rozciągają się na ochronę europejskiego modelu społecznego. Zobacz C. McCrudden, The New Concept of Equality, *ERA Forum*, Vol. 4, 2003, No 3, s. 18. Zobacz także L. Waddington, Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination, *Industrial Law Journal*, 1999, s. 133–151, s. 134, która uznała, że włączenie do traktatu art. 13 WE zasadniczo nie było podyktowane wolą zwalczania dyskryminacji ze względów gospodarczych, lecz raczej chęcią „przybliżenia Europy obywatelom”.

111. Aby stwierdzić, że art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej nie jest niezbędny w społeczeństwie demokratycznym dla zapewnienia ochrony swobody umów, wystarczy jedynie wskazać, iż ów przepis zakazuje dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne przy wyborze kontrahenta. Już samo to pokazuje, że ustawodawca polski nie uważa, aby prawo do dyskryminacji było niezbędne dla zagwarantowania swobody umów w społeczeństwie demokratycznym.

112. Aby dokonać wyważenia dwóch praw podstawowych, należy ustalić, czy któreś z nich zostało ograniczone w sposób nieproporcjonalny. Zważywszy, że na gruncie art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78 swoboda umów jest przywoływana jako uzasadnienie odstępstwa od owej dyrektywy, paradoksalnie konieczne jest odwrócenie analizy. Należy zadać sobie pytanie, czy dyrektywa 2000/78 doprowadziła do nieproporcjonalnego ograniczenia swobody umów. Gdyby okazało się, że tak nie jest, to nasuwa się wniosek, iż uregulowanie krajowe chroniące swobodę powoływaną jako uzasadnienie (swobodę umów) nie jest niezbędne w społeczeństwie demokratycznym [46].

113. W niniejszej sprawie tę analizę należy przeprowadzić w następujący sposób: Po pierwsze, trzeba stwierdzić, że prawo przywołane jako uzasadnienie, którym w rozpatrywanym przypadku jest swoboda umów, nie jest prawem bezwzględnym [47]. Może ono zostać ograniczone w przepisach prawa dla osiągnięcia akceptowalnych społecznie celów, o ile sama istota tego prawa nie zostanie naruszona, a ograniczenie będzie proporcjonalne (właściwe i konieczne) do zamierzonych celów.

114. Wymóg, aby ograniczenie swobody umów zostało przewidziane w przepisach prawa, jest spełniony, skoro zostało ono zawarte w dyrektywie Unii.

115. Po drugie, celem dyrektywy 2000/78 jest urzeczywistnienie, we wszystkich państwach członkowskich Unii, równości w dziedzinie „zatrudnienia i pracy". Ta dyrektywa przyczynia się również do osiągnięcia innych celów określonych w traktatach. Zgodnie z jej motywem 11 „[d]yskryminacja ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną może być przeszkodą w realizacji celów […] w zakresie wysokiego poziomu zatrudnienia i ochrony socjalnej, podnoszenia poziomu i jakości życia, spójności gospodarczej i społecznej, solidarności i swobodnego przepływu osób". W związku z tym dyrektywa 2000/78 ogranicza swobodę umów z myślą o osiągnięciu równości oraz innych istotnych celów Unii, które są uzasadnionymi celami.

116. Po trzecie, owa dyrektywa ogranicza swobodę wyboru kontrahenta jedynie w ten sposób, że wyklucza możliwość oparcia takiego wyboru na jednej z enumeratywnie wymienionych przyczyn. Nie uniemożliwia ona pracodawcom lub innym osobom znajdującym się w podobnej sytuacji wyboru najbardziej odpowiedniej osoby do wykonywania danego zajęcia. W tym względzie

[46] W pkt 47–57 wyroku LGBTI Trybunał dokonał podobnego wyważenia pomiędzy prawem do niedyskryminacji przewidzianym w dyrektywie 2000/78 a wolnością wypowiedzi chronioną przez art. 11 karty. W wyroku z dnia 2 czerwca 2022 r., HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, pkt 41–47), Trybunał wyważył prawo do niedyskryminacji przewidziane w dyrektywie 2000/78 oraz wolność stowarzyszania się, która jest chroniona na mocy art. 12 karty.

[47] Warto zauważyć, że swoboda umów została również uznana w porządku prawnym Unii jako jedno z praw podstawowych, stanowiące element wolności prowadzenia działalności gospodarczej, która jest gwarantowana w art. 16 karty. Zobacz na przykład wyrok z dnia 21 grudnia 2021 r., Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, pkt 79). Przede wszystkim oznacza to, że prawodawca Unii ma obowiązek wziąć pod uwagę tę swobodę przy uchwalaniu przepisów antydyskryminacyjnych. Ponadto swoboda umów, tak jak jest ona rozumiana na gruncie porządku prawnego Unii, nie ma charakteru bezwzględnego. Wręcz przeciwnie – Trybunał orzekł, że wolność prowadzenia działalności gospodarczej, o której mowa w art. 16 karty, „może podlegać różnorodnym ingerencjom władz publicznych, które mają prawo ustanowić w interesie ogólnym ograniczenia w korzystaniu z tej wolności". Zobacz podobnie wyrok z dnia 22 stycznia 2013 r., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, pkt 46); zob. także wyrok z dnia 21 grudnia 2021 r., Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, pkt 80–81). W odniesieniu do tej drugiej kwestii zob. także S. Weatherill, 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.

w motywie 17 dyrektywy 2000/78 wyjaśniono, że ta dyrektywa „nie nakłada wymogu, aby osoba, która nie jest kompetentna ani zdolna bądź dyspozycyjna do wykonywania najważniejszych czynności na danym stanowisku […], była przyjmowana do pracy, awansowana lub dalej zatrudniana [bądź kontynuowała kształcenie]". Uważam, że to właśnie stanowi istotę swobody umów.

117. Decyzja o niezatrudnieniu lub zwolnieniu może być motywowana różnymi przesłankami, które są istotne z punktu widzenia danego stanowiska [48]. W związku z tym zakaz dyskryminacji ze względu na enumeratywnie wymienione przyczyny przy dokonywaniu wyboru osoby, z którą zostanie zawarta umowa, nie narusza istoty swobody umów.

118. Wreszcie, gdy przyjmiemy już, że ograniczenie swobody umów rzeczywiście istnieje, to należy jeszcze wykazać, iż takie ograniczenie jest właściwe i konieczne do osiągnięcia uzasadnionego celu (uzasadnionych celów) dyrektywy 2000/78. Ograniczę się do badania proporcjonalności w odniesieniu do celu polegającego na zwalczaniu dyskryminacji w dziedzinie zatrudnienia i pracy, ponieważ to właśnie ten cel jest bezpośrednio związany z podstawą prawną, na której przyjęto ową dyrektywę [49].

119. Dyrektywa 2000/78, z racji tego, że wyklucza możliwość dyskryminacji ze względu na zakazane podstawy oraz wymaga, w art. 17, aby państwa członkowskie przewidziały przy jej transpozycji skuteczne i dolegliwe sankcje, jest właściwa do przyczynienia się do walki z dyskryminacją, ponieważ można oczekiwać, iż w ten sposób dojdzie do stopniowego eliminowania takiego zachowania, a ostatecznie do jego całkowitego zaniku.

120. Społeczeństwo wolne od dyskryminacji ze względu na zakazane podstawy w dziedzinie zatrudnienia i pracy może stać się rzeczywistością tylko wówczas, gdy nikt, kto potrzebuje pracy innej osoby oraz o nią zabiega, nie będzie brał pod uwagę żadnej z cech charakterystycznych wymienionych enumeratywnie w dyrektywie 2000/78. W przeciwnym razie osoby mające takie cechy charakterystyczne nie będą miały równych szans uzyskania pracy. Dlatego też w społeczeństwie, w którym tego rodzaju kwestie nadal odgrywają pewną rolę, zakazanie dokonywania takich wyborów i zniechęcanie do ich dokonywania w drodze odpowiednich sankcji stanowi minimum niezbędne do osiągnięcia takiego celu. Nie wydaje mi się, aby istniała jakakolwiek mniej restrykcyjna alternatywa umożliwiająca urzeczywistnienie wolnego od dyskryminacji obszaru zatrudnienia i pracy.

121. W związku z tym, skoro swoboda umów, którą ma chronić art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej, nie jest ograniczona w sposób nieproporcjonalny przez dyrektywę 2000/78, to tego przepisu nie można traktować jako niezbędnego w społeczeństwie demokratycznym dla ochrony swobody wyboru stron umowy.

Wniosek częściowy

122. Przepis krajowy, taki jak art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej, nie jest niezbędny w społeczeństwie demokratycznym dla ochrony swobody wyboru strony umowy. Oznacza to, że ten przepis nie może stanowić uzasadnienia dla wyłączenia stosowania dyrektywy 2000/78 na podstawie jej art. 2 ust. 5.

[48] Zobacz na przykład, w odniesieniu do przypadku kobiety w ciąży, która została zwolniona w ramach zwolnienia grupowego, wyrok z dnia 22 lutego 2018 r., Porras Guisado (C-103/16, EU:C:2018:99, pkt 71).

[49] Zobacz pkt 44 niniejszej opinii.

D. Obowiązki, jakie spoczywają na sądzie odsyłającym w razie kolizji między normą prawa krajowego a dyrektywą 2000/78

123. Z uwagi na fakt, że art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej nie jest niezbędny w społeczeństwie demokratycznym, dyrektywa 2000/78 cały czas znajduje w niniejszej sprawie zastosowanie w odniesieniu do odmowy zawarcia umowy z osobą pracującą na własny rachunek ze względu na jej orientację seksualną.

124. Sąd odsyłający wyjaśnił w odesłaniu prejudycjalnym, że art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej ma zastosowanie do sytuacji rozpatrywanej w postępowaniu głównym [50].

125. Oznacza to, że sąd odsyłający staje w obliczu dwóch sprzecznych przepisów mających zastosowanie w zawisłej przed nim sprawie – pierwszy z nich, zawarty w dyrektywie 2000/78, zakazuje TP odmowy zawarcia umowy z J.K. ze względu na to, iż jest on osobą homoseksualną, natomiast drugi, zawarty w polskiej ustawie równościowej, zezwala TP na odmowę zawarcia umowy z J.K. z tej przyczyny, iż jest on osobą homoseksualną.

126. W prawie Unii obowiązuje zasada regulująca taki przypadek kolizji dwóch norm, które znajdują zastosowanie do tego samego stanu faktycznego – zgodnie z nią przy rozpoznawaniu sprawy sąd krajowy jest zobowiązany do zastosowania normy prawa Unii i odstąpienia od stosowania normy prawa krajowego [51]. W związku z tym zasada pierwszeństwa prawa Unii rozstrzyga takie sytuacje kolizji norm na korzyść normy prawa Unii.

127. Tytułem uzupełnienia należy dodać, że zasada pierwszeństwa działa jak norma kolizyjna i wymaga odstąpienia od stosowania sprzecznej normy prawa krajowego, w przypadku gdy norma prawa Unii jest bezpośrednio skuteczna [52].

128. Dyrektywy są bezpośrednio skuteczne w sytuacjach wertykalnych [53]. TP jest publicznym nadawcą telewizyjnym [54], zaś w orzecznictwie wskazano, iż w takim przypadku, gdy chodzi o kwestię bezpośredniego stosowania dyrektywy, mamy do czynienia z relacją wertykalną [55]. W związku z tym w postępowaniu głównym J.K. może się powołać wobec TP na dyrektywę 2000/78.

129. Ponadto odnośne przepisy dyrektywy 2000/78 [art. 3 ust. 1 lit. a) i c)] są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić sądowi krajowemu ich stosowanie [56]. Jest oczywiste, że osobie takiej jak J.K. (osobie pracującej na własny rachunek) przysługuje, na podstawie tych

[50] Wyłącznie sąd krajowy jest właściwy do dokonywania wykładni prawa krajowego. W postępowaniu prejudycjalnym Trybunał powinien zatem oprzeć się na wykładni prawa krajowego dokonanej przez sąd krajowy. Sąd odsyłający wyjaśnił, że jego zdaniem umowa taka jak ta rozpatrywana w niniejszej sprawie podlega regulacji polskiej ustawy równościowej na podstawie jej art. 4 pkt 2, w związku z czym art. 5 pkt 3 owej ustawy również znajduje zastosowanie.

[51] Wyroki: z dnia 9 marca 1978 r., Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, pkt 21–23); z dnia 22 lutego 2022 r., RS (Skutki orzeczeń sądu konstytucyjnego) (C-430/21, EU:C:2022:99, pkt 62, 63).

[52] Wyrok z dnia 24 czerwca 2019 r., Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, pkt 60–64, 68).

[53] Wyroki: z dnia 5 kwietnia 1979 r., Ratti (148/78, EU:C:1979:110, pkt 20–23); z dnia 7 sierpnia 2018 r., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, pkt 45).

[54] Jego właścicielem jest Skarb Państwa. Warto zauważyć, że TP, która jest stroną pozwaną w postępowaniu przed sądem odsyłającym, nie przedstawiła uwag na piśmie ani nie wzięła udziału w rozprawie przed Trybunałem.

[55] Wyroki: z dnia 26 lutego 1986 r., Marshall (152/84, EU:C:1986:84, pkt 46–49); z dnia 10 października 2017 r., Farrell (C-413/15, EU:C:2017:745, pkt 32–35).

[56] Wyroki: z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428, pkt 11, 12); z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 33); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 48–49); z dnia 8 marca 2022 r., Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Bezpośrednia skuteczność) (C-205/20, EU:C:2022:168, pkt 17–19).

przepisów, prawo do tego, by nie być osobą dyskryminowaną ze względu na swoją orientację seksualną przy ubieganiu się o nową pracę lub o przedłużenie istniejącego stosunku zatrudnienia; oczywiste jest także, że podmiot taki jak TP, który potrzebuje usług w zakresie montażu, nie może odmówić zawarcia umowy z osobą pracującą na własny rachunek wyłącznie ze względu na jej orientację seksualną. W związku z tym na podstawie odnośnych przepisów dyrektywy 2000/78 można wysnuć wniosek, że J.K. zostało przyznane pewne prawo, z którym skorelowany jest obowiązek spoczywający na TP, oraz że treść tego prawa/obowiązku jest tego rodzaju, iż powołanie się na orientację seksualną jako na kryterium przy zawieraniu umowy jest wykluczone.

130. Sąd krajowy nie może zatem zastosować art. 5 pkt 3 polskiej ustawy równościowej, aby rozstrzygnąć zawisły przed nim spór. Warto także przypomnieć, że ów obowiązek po stronie sądu krajowego nie jest uzależniony od podjęcia przez ustawodawcę krajowego decyzji o znowelizowaniu uregulowania krajowego w celu zapewnienia jego zgodności z prawem Unii. Nie wyklucza to jednak tego, że na ustawodawcy krajowym spoczywa w tym zakresie równoległy obowiązek.

Wniosek częściowy

131. Artykuł 3 ust. 1 lit. a) i c) dyrektywy 2000/78 ma zastosowanie do rozpatrywanej sprawy i jest bezpośrednio skuteczny. W związku z tym J.K. może się powołać przed sądem odsyłającym na nałożony na TP zakaz odmowy podpisania z nim, jako osobą pracującą na własny rachunek, umowy ze względu na jego orientację seksualną. Tym samym sąd odsyłający jest zobowiązany odstąpić od stosowania sprzecznego przepisu krajowego.

V. Wnioski

132. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, by na pytanie przedstawione przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Polska) odpowiedział następująco:

Artykuł 3 ust. 1 lit. a) i c) dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy

należy interpretować w ten sposób, że

stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które pozwala na odmowę zawarcia umowy cywilnoprawnej o świadczenie usług, na podstawie której osoba pracująca na własny rachunek ma świadczyć pracę wykonywaną osobiście, jeżeli taka odmowa jest motywowana orientacją seksualną takiej osoby.