Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
TAMARE ĆAPETA,
predstavljeni 8. septembra 2022 [1]

Zadeva C-356/21

J. K.
proti
TP S.A.,
ob udeležbi
PTPA

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (okrajno sodišče glavnega mesta Varšava v Varšavi, Poljska))

„Predhodno odločanje – Enako obravnavanje pri zaposlovanju in delu – Direktiva 2000/78/ES – Člen 3 – Prepoved vsakršne diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti – Samozaposleni delavec – Zavrnitev podaljšanja pogodbe“

I. Uvod

1. Po sedmih letih sodelovanja, ki je temeljilo na zaporednih kratkoročnih pogodbah, je javna televizijska postaja TP zavrnila podpis nove pogodbe za uredniške storitve z J. K. zaradi njegove spolne usmerjenosti. [2]

2. Ali je J. K. kot samozaposleni delavec na podlagi Direktive 2000/78 upravičen do varstva pred diskriminacijo zaradi spolne usmerjenosti?

3. Področje uporabe Direktive 2000/78 je glavno vprašanje, k pojasnitvi katerega je Sodišče pozvano s predlogom za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (okrajno sodišče glavnega mesta Varšava v Varšavi, Poljska).

4. Drugo vprašanje, ki se postavlja v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, se nanaša na razmerje med prepovedjo diskriminacije in pogodbeno svobodo. Predložitveno sodišče se sprašuje o skladnosti določbe nacionalnega prava, ki omogoča, da se kot merilo pri izbiri osebe, s katero se sklene pogodba, upošteva spolna usmerjenost, z Direktivo 2000/78.

[1] Jezik izvirnika: angleščina.

[2] Predložitveno sodišče je ta predlog za sprejetje predhodne odločbe oprlo na predpostavko, da je zavrnitev sklenitve pogodbe temeljila na spolni usmerjenosti J. K. O tem, ali je šlo za diskriminacijo, mora odločiti to sodišče. Glej v zvezi s tem uvodno izjavo 15 Direktive Sveta 2000/78/ES o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 79) in sodbo z dne 25. aprila 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, točka 42). Ti sklepni predlogi bodo torej izhajali iz predpostavke, da gre pri položaju, ki je podlaga za spor, za neposredno diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti.

II. Pravni okvir

A. Pravo Evropske unije

5. Člen 1 Direktive 2000/78 (naslovljen „Namen“) določa, da je namen te direktive „opredeliti splošni okvir boja proti diskriminaciji zaradi vere ali prepričanja, hendikepiranosti, starosti ali spolne usmerjenosti pri zaposlovanju in delu, zato da bi v državah članicah uresničevali načelo enakega obravnavanja“.

6. Člen 2 te direktive (naslovljen „Koncept diskriminacije“) določa:

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

2. V smislu odstavka 1:

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

[…]

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

7. Člen 3 (naslovljen „Področje uporabe“) določa:

„1. V mejah pristojnosti, ki so prenesene na [Unijo], se ta direktiva uporablja za vse osebe, bodisi v javnem bodisi v zasebnem sektorju, vključno z javnimi telesi, kar zadeva:

(a) pogoje, pod katerimi je dostopna zaposlitev, samozaposlitev ali delo, vključno z izbirnimi merili in pogoji za sprejem v službo, ne glede na to, za katero vejo dejavnosti ali hierarhično mesto gre, vključno z napredovanjem;

[…]

(c) zaposlitev in delovne pogoje, vključno z odpustitvijo in plačilom;

[…]“

B. Poljsko pravo

8. Člen 2(1) Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów prawa Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z dnia (zakon o prenosu nekaterih določb prava Evropske unije s področja enakega obravnavanja) z dne 3. decembra 2010 (Dz. U.iz leta 2020, pozicija 2156 – prečiščeno besedilo) (v nadaljevanju: poljski zakon o enakem obravnavanju) določa, da se „[z]akon […] uporablja za fizične in pravne osebe ter organizacijske enote, ki niso pravne osebe, ki jim je z zakonom priznana pravna sposobnost“.

9. Natančneje, člen 4(2) poljskega zakona o enakem obravnavanju določa, da se ta zakon uporablja za „pogoje za začetek opravljanja in izvajanje gospodarske ali poklicne dejavnosti, zlasti v okviru delovnega razmerja ali dela na podlagi civilnopravne pogodbe“.

10. Člen 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju določa, da se ta zakon ne uporablja za „svobodo izbire pogodbene stranke, če ta izbira ne temelji na spolu, rasi, etničnem poreklu ali narodnosti“.

11. Člen 8 poljskega zakona o enakem obravnavanju določa:

„1. Prepovedano je neenako obravnavanje fizičnih oseb na podlagi spola, rase, etničnega porekla, narodnosti, vere, veroizpovedi, prepričanja, hendikepiranosti, starosti ali spolne usmerjenosti, kar zadeva:

[…]

(2) pogoje za začetek opravljanja in izvajanje gospodarske ali poklicne dejavnosti, zlasti v okviru delovnega razmerja ali dela na podlagi civilnopravne pogodbe.

[…]“

12. Člen 13 poljskega zakona o enakem obravnavanju določa:

„1. Vsakdo, v razmerju do katerega je bilo kršeno načelo enakega obravnavanja, ima pravico do odškodnine.

2. V zadevah v zvezi s kršitvijo načela enakega obravnavanja se uporabljajo določbe [ustawa – Kodeks cywilny (zakon – civilni zakonik) z dne 23. aprila 1964].“

III. Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

13. J. K. je med letoma 2010 in 2017 sklenil več zaporednih kratkoročnih podjemnih pogodb „na podlagi samozaposlitve“ z družbo TP, ki upravlja nacionalni javni televizijski program na Poljskem in katere edini delničar je državna blagajna.

14. Delo, ki ga je na podlagi teh pogodb opravljal J. K., je vključevalo pripravo montiranih vsebin za napovednike ali publicistične vsebine, ki so bile nato uporabljene za samopromocijo programa. Svoje naloge je izvajal v okviru notranje organizacijske enote programa – Redakcja Oprawy i Promocji Programu 1 (uredništvo za avdiovizualno produkcijo in promocijo Programa 1) – ki jo je vodil W. S. J. K. je v okviru podjemnih pogodb, ki jih je sklepal, opravljal tedenske izmene, med katerimi je pripravljal vsebine za samopromocijske oddaje programa. W. S., njegov neposredni nadrejeni, je J. K. in drugi novinarki, ki je opravljala enake naloge, izmene dodeljeval tako, da je vsak od njiju v mesecu opravil dve tedenski izmeni.

15. Od avgusta 2017 je bila v okviru notranje strukture družbe TP načrtovana reorganizacija, med katero naj bi bile naloge J. K. prenesene na novoustanovljeno enoto, Agencja Kreacji Oprawy i Reklamy (agencija za ustvarjanje, oglaševanje in avdiovizualno produkcijo). Za izvedbo reorganizacije in preverjanje sodelavcev, ki naj se vključijo v novo agencijo, sta bila imenovana nova delavca.

16. Na sestankih konec oktobra in v začetku novembra 2017, na katerih je bil prisoten eden od novih delavcev, pristojnih za reorganizacijo, je bil J. K. pozitivno ocenjen in uvrščen med sodelavce, ki so uspešno opravili preverjanje.

17. Med J. K. in družbo TP je bila 20. novembra 2017 sklenjena podjemna pogodba za obdobje enega meseca.

18. J. K. je 29. novembra 2017 prejel načrt dela za december 2017. Ta je določal skupno štirinajstdnevno opravljanje storitev, pri čemer naj bi se prvi teden začel 7. decembra 2017, drugi pa 21. decembra 2017.

19. J. K. in njegov partner sta 4. decembra 2017 na svojem kanalu na spletni strani YouTube objavila božični glasbeni videospot, namenjen spodbujanju strpnosti do istospolnih parov.

20. Dva dni pozneje, 6. decembra 2017, je J. K. od družbe TP prejel elektronsko sporočilo, v katerem je bilo odpovedano obdobje opravljanja storitev z začetkom 7. decembra 2017.

21. J. K. je bil 20. decembra 2017 obveščen, da mu ne bo treba izvršiti niti obdobja opravljanja storitev, ki naj bi se začelo 21. decembra 2017. V decembru 2017 torej ni opravil nobenega obdobja opravljanja storitev, niti ni bil, kot je bilo pojasnjeno na obravnavi, plačan za te pogodbene storitve.

22. Nova pogodba med J. K. in družbo TP (za januar 2018) nazadnje ni bila sklenjena. Odločitev o končanju sodelovanja z J. K. je v skladu s predložitveno odločbo sprejela oseba, odgovorna za izvedbo reorganizacije.

23. J. K. s predlogom, vloženim pri predložitvenem sodišču, to je Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (okrajno sodišče glavnega mesta Varšava v Varšavi), zahteva plačilo zneska 47.924,92 poljskih zlotov (PLN) (približno 10.130 EUR) skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, izračunanimi od datuma vložitve tožbe do datuma plačila. Znesek 35.943,69 PLN (približno 7600 EUR) se uveljavlja iz naslova nadomestila, znesek 11.981,23 PLN (približno 2530 EUR) pa kot odškodnina za kršitev načela enakega obravnavanja zaradi neposredne diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti, kar zadeva pogoje za začetek opravljanja in izvajanje gospodarske dejavnosti na podlagi civilnopravne pogodbe.

24. J. K. v podporo svoji tožbi navaja, da je bil žrtev neposredne diskriminacije s strani družbe TP zaradi svoje spolne usmerjenosti. Trdi, da je bil verjeten razlog za preklic obdobij opravljanja storitev in prenehanje sodelovanja z družbo TP objava zgoraj navedenega božičnega glasbenega videospota na spletnem mestu YouTube.

25. Družba TP predlaga zavrnitev tožbe, pri čemer trdi, da niti njena praksa niti zakon ne zagotavljata podaljšanja poslovnih pogodb.

26. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da ni jasno, v kolikšnem obsegu so samozaposleni delavci zajeti z varstvom iz Direktive 2000/78. Dvomi tudi o združljivosti člena 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju, za katerega navedeno sodišče meni, da se uporablja v okoliščinah obravnavane zadeve, s to direktivo.

27. V teh okoliščinah je Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (okrajno sodišče glavnega mesta Varšava v Varšavi) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je treba člen 3(1)(a) in (c) [Direktive 2000/78] razlagati tako, da je v skladu z njim svobodo izbire pogodbene stranke, če ne temelji na spolu, rasi, etničnem poreklu ali narodnosti, mogoče izključiti iz področja uporabe navedene direktive, posledično pa tudi uporabo sankcij, ki so bile v nacionalnem pravu določene na podlagi člena 17 te direktive, v položaju, v katerem naj bi bil izraz diskriminacije zavrnitev sklenitve civilnopravne pogodbe, na podlagi katere bi morala fizična oseba, ki kot samozaposlena izvaja gospodarsko dejavnost, opravljati delo, pri čemer bi bil razlog za to zavrnitev spolna usmerjenost potencialnega sopogodbenika?“

28. Pisna stališča so predložili J. K., belgijska, nizozemska, poljska in portugalska vlada ter Evropska komisija. Na obravnavi 31. maja 2022 so J. K., poljska vlada in Komisija ustno predstavili stališča.

IV. Analiza

29. Kot razumem, želi predložitveno sodišče s svojim vprašanjem v bistvu izvedeti, ali mora uporabiti člen 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju, ko odloča o tem, ali mora družba TP J. K. izplačati odškodnino zaradi diskriminacije na podlagi njegove spolne usmerjenosti.

30. V skladu s pravom Unije je to odvisno od tega, ali se uporablja Direktiva 2000/78. Če se J. K. lahko sklicuje na člen 3 te direktive, da bi izključil možnost, da bi družba TP upoštevala njegovo spolno usmerjenost kot razlog, da z njim ne sklene pogodbe, predložitveno sodišče pri odločanju v tej zadevi ne bi smelo uporabiti člena 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju.

31. Upoštevno vprašanje je torej, ali zavrnitev sklenitve pogodbe zaradi spolne usmerjenosti potencialne pogodbene stranke spada na področje uporabe Direktive 2000/78, in natančneje, ali je takšna pogodba pogoj, „pod katerim[…] je dostopna […] samozaposlitev“, kot je določeno v členu 3(1)(a) te direktive.

32. Zaradi posebnosti položaja v tej zadevi je upoštevna določba, ki bi se prav tako lahko uporabljala, člen 3(1)(c) Direktive 2000/78.

33. Zato bom ravnala tako. Najprej bom analizirala, ali člen 3(1)(a) Direktive 2000/78 zajema položaje, kot je ta v obravnavani zadevi (A). V zvezi s tem bom pojasnila, kako je treba razumeti pojem samozaposlitve, ki je uporabljen v tej določbi, in kako ga razmejiti od pojma dobave blaga in opravljanja storitev, če je to potrebno. Nato bom zagovarjala trditev, da sklenitev individualne pogodbe spada pod pojem „pogoji, pod katerimi je dostopna […] samozaposlitev“ iz člena 3(1)(a) Direktive 2000/78. V naslednjem oddelku (B) bom na kratko preučila vprašanje, ali se v tej zadevi uporablja člen 3(1)(c) te direktive, saj predložitveno sodišče v svojem vprašanju, kot ga je postavilo, navaja tudi to določbo. Po tem, ko bom ugotovila, da se uporabljata obe določbi, bom analizirala, ali lahko pogodbena svoboda, kot se uresničuje s členom 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju, omogoča izključitev uporabe Direktive 2000/78 (C) in, če ni tako, kakšne so posledice za člen 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju ter kakšne obveznosti ima predložitveno sodišče v skladu s pravom Unije (D).

A. Uporaba člena 3(1)(a) Direktive 2000/78

34. V skladu s členom 3(1)(a) se Direktiva 2000/78 uporablja za „pogoje, pod katerimi je dostopna zaposlitev, samozaposlitev ali delo“.

35. Ta določba se torej izrecno nanaša na samozaposlene delavce. Nobeden od udeležencev v tem postopku ni izpodbijal, da je mogoče J. K. šteti za samozaposlenega delavca. Zakaj se torej sploh pojavlja vprašanje uporabe te določbe?

36. Prvič, kot je predložitveno sodišče navedlo v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, Sodišče še ni pojasnilo pojma „samozaposlitev“, kot je uporabljen v Direktivi 2000/78. Glede na to, da ta direktiva ne vsebuje nobenega napotila na zakonodajo držav članic, je treba ta pojem razlagati kot samostojen pojem prava Unije, katerega pomen in področje uporabe mora dejansko pojasniti Sodišče.[3] Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe tako Sodišču ponuja takšno možnost.

37. Drugič, poljska vlada trdi, da tudi če je J. K. samozaposleni delavec, sklenitev pogodbe s tako osebo ni pogoj za dostop do samozaposlitve.

38. Zato bom najprej pojasnila, da po mojem mnenju „samozaposlitev“, kot je opredeljena v Direktivi 2000/78, zajema dobavo blaga in opravljanje storitev, kadar gre za osebno delo, ki ga je njihov ponudnik vložil v to blago ali storitve. Nato bom pojasnila, da je za samozaposlenega delavca sklenitev pogodbe z osebo, za katero bo opravljala osebno delo, pogoj za dostop do samozaposlitve. Obe pojasnili skupaj vodita do ugotovitve, da se člen 3(1)(a) Direktive 2000/78 uporablja za položaj, kot je ta v obravnavani zadevi.

1. Pojem samozaposlitve iz Direktive 2000/78

39. V Direktivi 2000/78 pojem „samozaposlitev“ ni opredeljen.

40. Akademiki ugotavljajo, da se samozaposlitev pogosto uporablja kot preostala kategorija, „nekakšno konceptualno odlagališče, na katerem pristanejo vsa tista delovna razmerja, ki ne ustrezajo (pogosto ozkemu) modelu podrejene zaposlitve.“[4] Tako je v binarni delitvi dela oseba, ki dela, bodisi zaposlena bodisi samozaposlena.[5]

41. Kaj pa, če je delo osebe hkrati mogoče opredeliti kot dobavo blaga ali opravljanje storitev za druge? Oseba, ki na primer proti plačilu opravlja delo čiščenja stanovanja ali speče torto za rojstnodnevno zabavo, s svojim delom opravlja storitev (čiščenje) ali dobavi blago (torta). Če se te osebe na ta način preživljajo, jih lahko hkrati obravnavamo kot samozaposlene in kot ponudnike blaga ali storitev. Kot prejemniki njihovega blaga ali storitev hkrati „kupujemo“ njihovo delo in končni proizvod tega dela.

42. Ali so v takem primeru ti ponudniki zajeti s pojmom „samozaposlitev“, kot je določen v Direktivi 2000/78?

[3] Sodba z dne 25. junija 2020, A in drugi (Vetrne elektrarne v občinah Aalter in Nevele) (C-24/19, EU:C:2020:503, točka 75).

[4] Countouris, N., in De Stefano, V., *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bruselj, 2019, str. 34.

[5] Countouris in De Stefano (prav tam) tako navajata da: „če nekdo ni podrejeni delavec, če njegovo delo ni pod nadzorom delodajalca ali se ne opravlja pod njegovim vodstvom, če ni vključeno v podjetje ali ne povzroča posebnega poslovnega tveganja, potem večina pravnih sistemov preprosto domneva, da je ta oseba samozaposlena“.

43. Preden nadaljujem, se moram ustaviti in pojasniti, zakaj se vprašanje razmejitve med samozaposlitvijo ter dobavo blaga in opravljanjem storitev sploh pojavlja v okviru Direktive 2000/78.

44. Ta direktiva je ena od direktiv, sprejetih na podlagi zdajšnjega člena 19 PDEU[6], s katerim je bila Evropski uniji podeljena pristojnost za boj proti diskriminaciji. Direktiva 2000/78 prepoveduje diskriminacijo na podlagi več razlogov, med katerimi je tudi spolna usmerjenost.[7] Vendar ta direktiva ne more biti[8] in ni namenjena boju proti diskriminaciji na splošno na podlagi teh prepovedanih razlogov. Zakonodajalec Unije je „bojišče“ te direktive omejil na področje „zaposlovanja in dela“[9].

45. Hkrati je že od leta 2008 v zakonodajnem postopku Unije predlog druge direktive.[10] Cilj te direktive, ko (in če) bo sprejeta[11], bo boj proti diskriminaciji iz istih prepovedanih razlogov, kot jih zajema Direktiva 2000/78, in sicer na področju, ki je med drugim opisano kot „dostop do blaga in storitev […] in preskrba z njimi“. Zato je jasno, da zakonodajalec Unije (še) ni uredil „dostopa do blaga in storitev […] in preskrbe z njimi“, da bi prepovedal diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti.

46. Ali dejstvo, da ta zakonodajni predlog uporablja izraz „dostop do blaga in storitev […] in preskrba z njimi“, izključuje možnost, da bi ponudniki blaga ali storitev, ki so rezultat njihovega osebnega dela, spadali na področje uporabe Direktive 2000/78? Po mojem mnenju ni tako.

47. Ne pomen pojma „zaposlovanje in delo“ iz Direktive 2000/78 niti pomen pojma „dostop do blaga in storitev […] in preskrba z njimi“ iz predloga nove direktive[12] nista podrobneje pojasnjena v njunih besedilih. Poleg tega Sodišče teh izrazov še ni opredelilo, vključno z njuno uporabo v Direktivi 2000/43[13], ki v nasprotju z Direktivo 2000/78 zajema tako „zaposlovanje in delo“ kot tudi „dostop do blaga in storitev […] in preskrbo z njimi“.[14]

48. Menim, da je odgovor na vprašanje, ali je oseba, ki ponuja svoje delo tako, da dobavlja blago ali opravlja storitve, samozaposleni delavec v smislu člena 3(1)(a) Direktive 2000/78, odvisen od razlage, kaj razumemo z „zaposlovanjem in delom“, saj ta izraz opisuje področje uporabe Direktive 2000/78. Če ta izraz zajema dobavo blaga in opravljanje storitev, ki sta rezultat osebnega dela na podlagi samozaposlenosti, uporaba izraza „preskrba z blagom in storitvami“ v zakonodajnem predlogu (ne da bi poskušala prejudicirati njegovo razlago) ne izključuje uporabe Direktive 2000/78 za take samozaposlene delavce.

49. Kaj torej pomeni (in česa ne) izraz „zaposlovanje in delo“?

6 Ta pravna podlaga je bila v pogodbe vključena z Amsterdamsko pogodbo in je bila v času sprejetja Direktive 2000/78 člen 13 PES.

7 Kot je določeno v členu 1 Direktive 2000/78, ta direktiva prepoveduje diskriminacijo zaradi vere ali prepričanja, hendikepiranosti, starosti ali spolne usmerjenosti.

8 Člen 19 PDEU pooblašča Unijo za boj proti diskriminaciji le v mejah pristojnosti, ki so bile s Pogodbama prenesene nanjo.

9 Glej naslov Direktive 2000/78 in njen člen 1.

10 Predlog direktive Sveta o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na vero ali prepričanje, invalidnost, starost ali spolno usmerjenost (COM(2008) 426 final).

11 Iz zgodovine njenega nastajanja je razvidno, da sta najpomembnejša dejavnika, ki upočasnjujeta sprejetje te direktive, (i) stroški omogočanja nediskriminatornega dostopa invalidov do blaga in storitev ter (ii) subsidiarnost. Glej v tem smislu Svet Evropske unije, Poročilo o napredku, št. 14046/21, 23. november 2021.

12 Glej opombo 10 teh sklepnih predlogov.

13 Direktiva Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 20, zvezek 1, str. 23).

14 Direktiva 2000/43, ki prepoveduje diskriminacijo na podlagi rase in narodnosti, je bila prav tako sprejeta na podlagi zdajšnjega člena 19 PDEU približno istočasno kot Direktiva 2000/78, zaradi česar je uporaba pojmov v teh dveh direktivah primerljiva.

a) „Zaposlovanje in delo“

50. V skladu s členom 1 Direktive 2000/78 je njen namen boj proti diskriminaciji na podlagi zgoraj navedenih razlogov pri „zaposlovanju in delu“.

51. Zakonodajalec Unije ni podrobneje pojasnil, kaj je treba razumeti pod temi izrazi. Vendar več uvodnih izjav Direktive 2000/78 ponuja nekaj napotkov. Uvodna izjava 4 te direktive napotuje na Konvencijo št. 111 Mednarodne organizacije dela (MOD), ki sama uporablja to ubeseditev. Ta konvencija prepoveduje diskriminacijo na področju zaposlovanja in dela, pri čemer je treba razumeti, da zajema „vse delavce“, vključno s samozaposlenimi. [15]

52. V uvodni izjavi 9 Direktive 2000/78 je pojasnjeno, da sta „[z]aposlovanje in delo […] bistvena elementa za to, da se zajamči enake možnosti za vse, in veliko prispevata k polni udeleženosti državljanov v ekonomskem, kulturnem in socialnem življenju ter k uresničevanju njihovih osebnih zmogljivosti“.

53. Iz teh dveh uvodnih izjav [16] je razvidno, da je namen Direktive 2000/78 zaščititi vse osebe, ki sodelujejo v družbi z opravljanjem svojega dela.

54. Sodna praksa je potrdila tako razlago. V sklepnih predlogih v zadevi HK je generalni pravobranilec M. Richard de la Tour menil, da je „[n]amen te direktive […] zaradi socialnega in javnega interesa odpraviti vse ovire, ki temeljijo na diskriminatornih pogojih za dostop do sredstev za preživljanje in do možnosti z delom prispevati k družbi, ne glede na pravno obliko, na podlagi katere se delo opravlja“. [17] To stališče je Sodišče potrdilo v nedavni sodbi HK. [18]

55. Popolnoma se strinjam. Namen Direktive 2000/78 je mogoče razlagati tako, da je njen cilj prepovedati diskriminacijo, ki med drugim temelji na spolni usmerjenosti, v delovnem življenju osebe. [19] S tem, ko pokriva področje „zaposlovanja in dela“, je njen cilj omogočiti državljanom, da uresničijo svoj potencial in z opravljanjem dela zaslužijo za preživetje.

56. Pomen dela za samouresničitev posameznika je priznan v Listini Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina). Njen člen 15(1) določa, da ima vsakdo pravico do dela in do opravljanja svobodno izbranega ali sprejetega poklica. [20]

57. Cilj Direktive 2000/78 je torej zaščititi pred diskriminacijo tiste, ki delajo, cilj njenega člena 3(1)(a) pa je omogočiti nediskriminatoren dostop do dela.

[15] Glej v zvezi s tem De Stefano, V., „Not as simple as it seems: The ILO and the personal scope of international labour standards“, *International Labour Review*, 2021, str. od 387 do 406, str. 399. Glej tudi Schubert, C., *Economically-dependent Workers as Part of a Decent Economy*, Beck/Hart/Nomos, 2022, str. 237.

[16] Glej tudi obrazložitveni memorandum predloga direktive Sveta o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu. V delu tega memoranduma, v katerem je bilo opisano to, kar je pozneje postalo člen 3 Direktive 2000/78, je izrecno navedeno, da „[n]ačelo enakega obravnavanja v zvezi z dostopom do dejavnosti zaposlenih ali samozaposlenih oseb […] zajema odpravo vsakršne diskriminacije, ki izhaja iz katere koli določbe, ki preprečuje *dostop posameznikov do vseh oblik zaposlitve in dela*“. Moj poudarek.

[17] Sklepni predlogi generalnega pravobranilca J. Richarda de la Toura v zadevi HK/Danmark in HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, točka 37).

[18] Sodba z dne 2. junija 2022, HK/Danmark in HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, točka 34).

[19] Glej v zvezi s tem švedsko različico Direktive 2000/78, v kateri je v členu 1 te direktive za angleški izraz „employment and occupation“ ali francosko besedno zvezo „emploi et travail“ uporabljen izraz „poklicno življenje“ („arbetslivet“).

[20] Pomen dela za samouresničitev posameznika je bil poudarjen tudi v sodni praksi. Generalni pravobranilec M. Poiares Maduro je v sklepnih predlogih v zadevi Coleman (C-303/06, EU:C:2008:61, točka 11) menil, da sta „[d]ostop do zaposlitve in poklicni razvoj […] bistvena za vsakega posameznika, ne samo kot sredstvo zaslužka, ampak tudi kot pomemben način samouveljavitve in uresničitve njegovih potencialov“. Isti citat je kot pomemben za razumevanje področja uporabe Direktive 2000/78 ponovila generalna pravobranilka E. Sharpston v sklepnih predlogih v zadevi Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2019:922, točka 44).

58. Kako je treba za določitev področja uporabe Direktive 2000/78 razumeti pojem „delo“? Nedavna sodna praksa je potrdila, da je treba področje uporabe Direktive 2000/78 razlagati široko [21] in da ni omejeno le na pogoje za dostop do delovnih mest, ki jih zasedajo „delavci“ v smislu člena 45 PDEU. [22]

59. Zato se Direktiva 2000/78 pri zaščiti oseb, ki delajo, ne nanaša samo na „delavce“ v smislu zakonodaje o prostem gibanju ali sekundarne zakonodaje, sprejete na podlagi člena 153 PDEU. [23] Čeprav Direktiva 2000/78 presega pojem „delavci“, pa so tudi ti z njo seveda zajeti [24].

60. V 21. stoletju je treba osebo, ki dela, pojmovati širše. [25] Dandanes je oseba, ki dela, oseba, ki vlaga svoj čas, znanje, spretnosti, energijo in pogosto tudi navdušenje, da bi opravila storitev ali ustvarila izdelek za nekoga drugega in ne zase, za kar ji je (načeloma) obljubljeno plačilo.

61. Cilj Direktive 2000/78 je omogočiti dostop brez diskriminacije do vseh oblik dela, ki se opravlja kot način preživljanja, v vseh različnih oblikah, v katerih se delo lahko ponuja. Pri takem razumevanju namena Direktive 2000/78 ni nobenega razloga, kot bom pojasnila pod naslednjim naslovom, da se z njenega področja uporabe izključi delo samozaposlene osebe, ki obsega dobavo blaga ali opravljanje storitev, organizirano v kateri koli obliki, ki je zakonito na voljo.

b) Raznolikost dela in razlogi, iz katerih dobave blaga ali opravljanja storitev ni mogoče izključiti iz Direktive 2000/78

62. Delo se nanaša tako na dejavnost kot na rezultat te dejavnosti. [26] Za uporabo protidiskriminacijskih predpisov na področju „zaposlovanja in dela“ ni pomembno, ali delavec rezultat svojega dela vnaprej izroči prejemniku, kot se zgodi v klasičnem delovnem razmerju, ali pa ga kot blago ali storitev ponudi prejemnikom pozneje. V obeh primerih delavec z vlaganjem svojega osebnega dela zasluži za preživetje in sodeluje v družbi.

[21] Sodba z dne 23. aprila 2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, točka 39) (v nadaljevanju: sodba LGBTI). Glej tudi sklepne predloge generalne pravobranilke E. Sharpston v tej zadevi (C-507/18, EU:C:2019:922, točka 42). Sodišče je v sodbi HK ponovilo, da je treba izraze „zaposlitev“, „samozaposlitev“ in „delo“ razlagati široko, saj je iz primerjave različnih jezikovnih različic člena 3(1)(a) Direktive 2000/78 razvidno, da so v številnih jezikih uporabljeni splošni izrazi. Sodba z dne 2. junija 2022, HK/Danmark in HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, točka 27).

[22] Sodba z dne 2. junija 2022, HK/Danmark in HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, točka 29). Glej tudi točko 28 iste sodbe, v kateri je Sodišče navedlo: „Tako poleg tega, da se [Direktiva 2000/78] izrecno nanaša na samozaposlitev, iz izrazov ‚zaposlitev‘ in ‚delo‘, v njunem običajnem pomenu prav tako izhaja, da zakonodajalec Unije ni nameraval omejiti področja uporabe Direktive 2000/78 na mesta, ki jih zaseda ‚delavec‘ v smislu člena 45 PDEU“.

[23] O razvoju pojma „delavec“ na notranjem trgu in v sekundarnem delovnem pravu Unije v sodni praksi Sodišča glej Countouris, N., „The Concept of ‚Worker‘ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope“, *Industrial Law Journal*, 2018, str. od 192 do 225, ter Goldner Lang, I., „Sloboda kretanja radnika“, v Ćapeta, T., in Goldner Lang, I. (ur.), *Pravo unutarnjeg tržišta Europske unije*, Narodne Novine, Zagreb, 2021, str. od 77 do 110.

[24] V zvezi s tem glej sklepne predloge J. Richard de la Toura v zadevi HK/Danmark in HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, točka 35).

[25] Glej v zvezi s tem Supiot, A., „Homo faber: continuités et ruptures“, v Supiot, A. (ur.), *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT*, éditions de l'Atelier, Pariz, 2019, str. od 15 do 41.

[26] Glej v zvezi s tem tudi Supiot, A., „Homo faber: continuités et ruptures“, v Supiot, A. (ur.), Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT, éditions de l'Atelier, Pariz, 2019, str. od 15 do 41, str. 17; Dujarier, M.-A., *Troubles dans le travail, Sociologie d'une catégorie de pensée*, puf, Pariz, 2021, str. 365 in 366.

63. Isto delo se lahko opravlja v različnih oblikah, čeprav je tradicionalna zaposlitev, ki se razume kot delo s polnim delovnim časom, za nedoločen čas ter v okviru podrejenega in dvostranskega delovnega razmerja [27], še vedno najpogostejši model. Obseg nestandardnih oblik dela pa se je povečal [28], kar povzroča razdrobljenost trga dela [29] in ustvarja nove regulativne izzive [30].

64. Oseba se lahko preživlja z delom za enega ali več „delodajalcev", za daljše ali krajše časovno obdobje, s krajšim delovnim časom ali le sezonsko, na enem mestu ali na različnih krajih, z lastnim ali tujim orodjem. Prav tako je lahko delo dogovorjeno na podlagi časa (na primer 20 ur na mesec) ali na podlagi nalog, ki jih je treba opraviti (na primer pobarvati šest sten z belo barvo). [31]

65. Obstajajo torej različni načini, na katere lahko oseba opravlja isto delo. To tudi pomeni, da se lahko isto delo opravlja v različnih pravnih okvirih. Pravni okvir, ki se uporablja za določeno vrsto dela, ki je na voljo, se lahko od države članice do države članice razlikuje.

66. Ti različni pravni okviri zato ne bi smeli biti upoštevni za uporabo Direktive 2000/78. Za njeno uporabo je pomembno, da oseba opravi *osebno delo*, ne glede na pravno obliko, v okviru katere se delo opravlja.

67. Pojem „osebno delo" se je na področju delovnega prava razvil kot odziv na razdrobljenost dela, zaradi katere so številni posamezniki ostali zunaj varstva delovnega prava, saj ne spadajo v klasično pojmovanje zaposlenega. [32] Tako je bilo osebno delo predlagano kot merilo za ugotavljanje, kateri delavci so in kateri niso upravičeni do delavskih pravic.

68. Vendar pravniki s področja delovnega prava na delovnopravno področje običajno vključujejo vse delavce, ki osebno opravljajo storitve, izključujejo pa tiste, ki „dejansko opravljajo dejavnost za svoj račun". [33]

69. Menim, da bi se moralo protidiskriminacijsko pravo Unije opirati na še širši pogled na osebno delo, ki ne izključuje podjetij [34], če lastnik podjetja zagotavlja svoje osebno delo.

70. Razlog za to izhaja iz različnih ciljev protidiskriminacijske in delovne zakonodaje.

[27] Tako je bilo „standardno delovno razmerje" opisano v študiji MOD o nestandardnih oblikah dela. Glej *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, MOD, Ženeva, 2016, str. 7. Glej tudi zemljevid na strani 52 te študije.

[28] Prav tam.

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

[30] Fudge, J., „Blurring Legal Boundaries: Regulating for Decent Work", v Fudge, J., McCrystal, S., in Sankaran, K., *Challenging the legal boundaries of work regulation*, Hart, Oxford, 2012, str. od 1 do 26; De Stefano, V., in Aloisi, A., *European Legal framework for digital labour platforms*, Evropska komisija, Luxembourg, 2018.

[31] Collins pojasnjuje, da lahko osebno delo temelji na pogodbi o opravljanju storitev za določen čas ali na pogodbi o opravljanju nalog. Z ekonomskega vidika lahko obstajajo različni razlogi, večinoma povezani s porazdelitvijo tveganj, zaradi katerih se je mogoče dogovoriti za določeno vrsto dela. V zvezi s tem glej Collins, H., „Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment", *Oxford Journal of Legal Studies*, zv. 10(3), 1990, str. 362.

[32] O zamisli osebnega dela glej na primer Freedland, M., in Countouris, N., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, OUP, Oxford, 2011, str. 5 in 42; Supiot, A., „Towards a European policy on work", v Countouris, N., Freedland, M. (ur.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, CUP, Cambridge, 2013, str. od 19 do 35, str. 35; Countouris, N., in De Stefano, V., *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bruselj, 2019, str. 64.

[33] Takšno opredelitev osebnega delovnega razmerja sta predlagala N. Countouris in V. De Stefano v *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bruselj, 2019, str. 65: „pojem ‚osebno delovno razmerje' se lahko uporabi za opredelitev osebnega področja uporabe delovnega prava, ki se uporablja za vsako osebo, ki jo druga oseba zaposli za zagotavljanje delovne sile, razen če ta oseba dejansko vodi podjetje za svoj račun."

[34] V zvezi s tem glej tudi C. Barnard, ki pojasnjuje, da nekateri trdijo tudi, da sklicevanje na „samozaposlene" na področju prava v zvezi z enakostjo zajema tudi neodvisne samozaposlene (podjetnike). V: *EU Employment Law*, OUP, Oxford, 2012, 4. izdaja, str. 348.

71. Delovno pravo (s členom 153 PDEU kot pravno podlago v Uniji) je namenjeno zaščiti delavca pred osebo, za katero dobavlja blago ali opravlja storitve, ob predpostavki, da je v takem delovnem razmerju v podrejenem in zato šibkejšem položaju.

72. Direktiva 2000/78, ki je bila sprejeta na podlagi zdajšnjega člena 19 PDEU, ima drugačen cilj.[35] Je instrument, ki omogoča, da se za vsakogar ustvarijo enake možnosti za delo. Ta enakost možnosti zahteva, da dostop osebe do dela ni omejen, med drugim zaradi njene spolne usmerjenosti. Izvajanje Direktive 2000/78 bi torej moralo privesti do tega, da oseba ali podjetje, ki želi pridobiti delo, ne upošteva značilnosti potencialnega ponudnika dela, v zvezi s katerimi je diskriminacija na njihovi podlagi prepovedana, vključno z njegovo spolno usmerjenostjo.

73. Dobave blaga in opravljanja storitev kot oblike osebnega dela zato ni mogoče izključiti s področja uporabe Direktive 2000/78.

74. Naj na podlagi primera pojasnim, kaj imam v mislih. Oseba ima znanja s področja informacijske tehnologije in lahko na primer ustvari programsko opremo, ki uporablja algoritme strojnega učenja. Prva možnost, kako bi ta oseba lahko opravljala delo, za katero je usposobljena, ki nam pride na misel, je zaposlitev na podlagi pogodbe o zaposlitvi za polni delovni čas v podjetju za razvoj programske opreme.

75. Vendar se tej osebi lahko zdi, da je delo samo za eno podjetje neizpolnjujoče in se zato lahko odloči, da bo isto delo kot samozaposleni delavec poskušala ponuditi več podjetjem. Lahko na primer poskuša vzpostaviti stalno razmerje z enim podjetjem, da bi bila prepričana, da bo redno prejemala plačilo. To se lahko izvede na podlagi pogodbe o dobavi določenega blaga in opravljanju storitev (na primer izdelava prilagojenih algoritmov strojnega učenja, vzdrževanje programske opreme podjetja in izobraževanje njegovega osebja o njeni uporabi). Takšna pogodba se lahko sklene za določen čas, na primer za eno leto, in se vsako leto podaljša. Hkrati bo poskušala najti druga podjetja, ki bi lahko potrebovala njeno delo. S temi drugimi podjetji ali posamezniki lahko sklene le eno konkretno pogodbo za razvoj algoritmov strojnega učenja, ki jih potrebujejo.

76. Kot samozaposlena oseba bi torej imela več vrst pogodbenih razmerij. Prvo vrsto, ki temelji na pogodbi za storitve, ki jih ponuja v določenem številu ur na mesec ali na leto, in druge vrste, ki temeljijo na pogodbah za končni izdelek, to je programsko opremo, prilagojeno potrebam posamezne stranke. Vse zgoraj opisano delo lahko temelji na pogodbah o dobavi blaga ali opravljanju storitev, sklenjenih posamično z zadevno strokovnjakinjo za informacijsko tehnologijo. Vendar se lahko ista strokovnjakinja za informacijsko tehnologijo odloči tudi za ustanovitev podjetja in prodajo svojega dela prek tega podjetja.

77. V nekaterih državah članicah so na primer lahko prepovedane zaporedne individualne pogodbe za storitve z istim podjetjem. To bi lahko bila celo posledica izvajanja delovne zakonodaje Unije, katere cilj je delavcem zagotoviti varnejše pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas.[36] Vendar naša strokovnjakinja za informacijsko tehnologijo ne želi biti zaposlena. Družba, za katero dela na podlagi zaporednih enoletnih pogodb o storitvah, prav tako ni spodbujena k temu, da bi jo zaposlila, po drugi strani pa želi še naprej z njo sodelovati. V takem primeru se lahko naša

[35] V sodbi z dne 2. junija 2022, HK/Danmark in HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, točka 34), je Sodišče menilo, da „Direktiva 2000/78, kot je generalni pravobranilec navedel v točki 37 sklepnih predlogov, ni akt sekundarnega prava Unije, kot so med drugim akti, ki temeljijo na členu 153(2) PDEU, ki se nanašajo zgolj na varstvo delavcev kot šibkejše stranke delovnega razmerja […]“.

[36] Določba 5 okvirnega sporazuma o delu za določen čas z dne 18. marca 1999, ki je priloga k Direktivi Sveta 1999/70/ES z dne 28. junija 1999 o okvirnem sporazumu o delu za določen čas, sklenjenem med ETUC, UNICE in CEEP (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 3, str. 368).

strokovnjakinja za informacijsko tehnologijo odloči, da bo ustanovila svoje podjetje. Tako bi lahko še naprej ponujala svoje delo istemu podjetju prek svoje družbe, ne da bi sprožila uporabo zakonodaje, ki prepoveduje zaporedne časovno omejene pogodbe o storitvah.

78. V vseh različicah, opisanih v zgornjem primeru, je strokovnjakinja za informacijsko tehnologijo opravljala isto vrsto dela, podjetja ali posamezniki, s katerimi je sklenila pogodbe, pa so zadovoljili isto potrebo po delu.

79. Vendar obstajajo argumenti, da je pogodba, sklenjena z njo kot osebo, dejansko oblika samozaposlitve, medtem ko pogodba, sklenjena z njenim podjetjem, to ni, ker gre za dobavo blaga ali opravljanje storitev. V prvem primeru potencialni „delodajalec“ kupuje njeno „delo“, v drugem pa njeno „blago“ ali „storitve“.

80. Ali je glede na Direktivo 2000/78, katere cilj je zaščititi pravico ljudi, da se vključijo v družbo in se preživljajo z osebnim delom, res kakšna razlika? Če podjetje zavrne sklenitev pogodbe z našo hipotetično strokovnjakinjo za informacijsko tehnologijo, ker je homoseksualka (ali določene vere ali prestara ali premlada) ali ker ima katero koli drugo lastnost, ki nima nobene zveze z njeno sposobnostjo za zagotavljanje programske opreme za strojno učenje, ji prepreči dostop do te konkretne naloge in s tem omeji njen dostop do dela.

81. Brez nadaljnjega se lahko strinjamo, da takšna diskriminacija ne bi smela biti dovoljena, če bi zadevna oseba iskala tradicionalno zaposlitev. Zakaj ne bi enako veljalo tudi v vseh drugih primerih, ko ponuja svoje delo na podlagi pogodb o blagu ali storitvah, sklenjenih z njo kot osebo, ali na podlagi pogodb o blagu ali storitvah, sklenjenih z njenim podjetjem, vendar obljublja svoje osebno delo?

82. V bistvu tako z vidika osebe, ki opravlja delo, kot z vidika podjetja, ki naroča njeno osebno delo, ni nobene razlike. Zagotavlja delo, ki ga nekdo drug potrebuje. Menim, da izključitev nekaterih od teh položajev s področja uporabe Direktive 2000/78, katere cilj je omogočiti dostop do sredstev za preživljanje brez diskriminacije in zmožnost prispevati k družbi z delom, ne glede na pravno obliko, v kateri se opravlja [37], ne bi bila v skladu s cilji te direktive.

83. Za uporabo protidiskriminacijskih predpisov ni pomembno, ali je oseba, ki zagotavlja delo, hkrati tudi podjetje ter je zato v horizontalnem in ne podrejenem položaju v razmerju do potencialnega „delodajalca“. [38] Navsezadnje se v nekaterih pravnih sistemih od samozaposlenih delavcev vsaj v nekaterih poklicih zahteva, da se registrirajo kot podjetje ali pa so vsaj običajno tako organizirani

84. Tak primer so trgovski zastopniki. Odnosi med trgovskimi zastopniki in njihovimi naročniki so odnosi med podjetji. V večini primerov pa so trgovski zastopniki samozaposlene osebe, ki so hkrati edini lastniki podjetja ali malih in srednjih podjetij MSP. [39] Ali lahko potencialni naročitelj zavrne sklenitev pogodbe s trgovskim zastopnikom samo zato, ker je ta določene spolne usmerjenosti? Ali takšna zavrnitev ne bi bila zajeta z Direktivo 2000/78?

[37] Glej točko 54 teh sklepnih predlogov in tam navedeno sodno prakso.

[38] To pa ne pomeni, da na drugih področjih prava Unije, kot je na primer konkurenčno pravo, to dejstvo ne igra vloge. Glej v zvezi s tem sodbo z dne 4. decembra 2014, FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411).

[39] Glej v zvezi s tem Delovni dokument služb Komisije, Ocena Direktive 86/653 (ocena REFIT), SWD(2015) 146 final, 16. julij 2015.

85. Nazadnje, če bi bila osebna dobava blaga in opravljanje storitev izključena s področja uporabe Direktive 2000/78, bi to družbam ali posameznikom, ki potrebujejo, da se zanje opravi določeno delo, omogočilo, da se izognejo prepovedi diskriminacije tako, da se odločijo za „nakup“ blaga ali storitev, namesto da bi zaposlili ponudnika storitev. To bi bilo, kot trdita J. K. in Komisija, v nasprotju s polnim učinkom te direktive.

86. Če naj bi prepovedali diskriminacijo na podlagi naštetih razlogov v zvezi z dostopom do dela, potem dobava blaga in opravljanje storitev ne moreta biti izključena iz pojma samozaposlitve iz člena 3(1)(a) Direktive 2000/78, če izvajalec ponuja svoje osebno delo, da bi se preživljal.

87. Kot izhaja iz okoliščin te zadeve, je družba TP potrebovala uredniške storitve. Ta televizijska postaja je iz nerazkritih razlogov (morda je bilo ceneje) menila, da je uredniške storitve bolje kupovati pri neodvisnem izvajalcu, kot pa ga zaposliti. Za drugo televizijsko postajo bi bil ta izračun morda drugačen – morda bi bilo ceneje ali bi se zdelo manj tvegano zaposliti urednika s krajšim ali polnim delovnim časom. Ne vidim nobene razumne utemeljitve, zakaj bi bilo treba Direktivo 2000/78 razumeti tako, da televizijski postaji prepoveduje upoštevanje spolne usmerjenosti pri zaposlitvi urednika, ne pa pri sklepanju pogodb o njegovih storitvah, neposredno ali prek njegovega podjetja. Tako z vidika televizijske postaje kot z vidika urednika je položaj vsebinsko enak: televizijska postaja kupuje uredniške storitve, ki jih potrebuje, urednik pa ponuja svoje osebno delo.

Vmesni predlog

88. Izraz „samozaposlitev“, kot je uporabljen v Direktivi 2000/78, zajema dobavo blaga in opravljanje storitev, kadar ponudnik opravlja osebno delo. V takem položaju potencialni prejemnik blaga ali storitev ne more zavrniti podpisa pogodbe na podlagi spolne usmerjenosti ponudnika.

2. Ali je sklenitev individualne pogodbe „pogoj, pod katerim je dostopna […] samozaposlitev“ v smislu člena 3(1)(a) Direktive 2000/78?

89. Poljska vlada trdi, da zavrnitev sklenitve individualne pogodbe o storitvah ne spada pod pojem „pogoj, pod katerim je dostopna […] samozaposlitev“ v smislu člena 3(1)(a) Direktive 2000/78. Po njenem mnenju se pojem „pogoj, pod katerim je dostopna samozaposlitev“ nanaša le na splošne pogoje za opravljanje določenih poklicev. To pravilo naj bi se, kot je na obravnavi pojasnila poljska vlada, nanašalo le na regulirane poklice. V obravnavani zadevi naj noben predpis javnega prava ne bi nasprotoval temu, da J. K. ponuja svoje uredniške storitve. Zato naj ne bi bilo ovir za njegov dostop do tega poklica. Posamična odločitev potencialnega prejemnika storitve naj torej ne bi bila „pogoj, pod katerim je dostopna […] samozaposlitev“. Taka odločitev naj bi bila po drugi strani zajeta s svobodo osebe, da izbere, s kom bo sklenila pogodbo.

90. J. K., belgijska, nizozemska in portugalska vlada ter Evropska komisija menijo, da se člen 3(1)(a) Direktive 2000/78 uporablja za zavrnitev sklenitve pogodbe s samozaposlenim delavcem na podlagi spolne usmerjenosti.

91. Sodišče je imelo priložnost pojasniti pojem „pogoji, pod katerimi je dostopna zaposlitev“ iz člena 3(1)(a) Direktive 2000/78 v sodbi LGBTI,[40] ki se je prav tako nanašala na diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti. Sodišče je najprej pojasnilo, da je treba ta izraz razlagati v skladu z njegovim običajnim pomenom v vsakdanjem jeziku ter ob upoštevanju konteksta, v katerem se pojavlja, in ciljev, ki jim sledi ureditev, katere del je.[41] Na podlagi tega je ugotovilo, da se pogoji, pod katerimi je dostopna zaposlitev, nanašajo na „okoliščine ali dejstva, katerih obstoj je treba obvezno izkazati, da bi oseba lahko dobila določeno zaposlitev ali delo“.[42]

92. Čeprav se je Sodišče v sodbi LGBTI sklicevalo le na dostop do zaposlitve, enako velja tudi za pojem „pogoji, po katerimi je dostopna […] samozaposlitev“, saj se člen 3(1)(a) Direktive 2000/78 hkrati nanaša na zaposlitev, samozaposlitev in delo. Pogoji za dostop do samozaposlitve torej zajemajo okoliščine ali dejstva, ki morajo biti izkazani, da si oseba lahko zagotovi določeno delo kot samozaposleni delavec.

93. Samozaposleni delavec si zagotovi delo s sklenitvijo pogodbe o opravljanju storitev ali podobne civilnopravne pogodbe. Če potencialni prejemnik storitev samozaposlenega delavca pogojuje dostop do dela z vztrajanjem, da oseba, ki ga opravlja, ne sme biti homoseksualna, je jasno, da oseba s takšno spolno usmerjenostjo ne more dobiti tega konkretnega dela.

94. Če je torej v položaju klasične zaposlitve zavrnitev sklenitve pogodbe o zaposlitvi z osebo zaradi njene spolne usmerjenosti prepovedana s členom 3(1)(a) Direktive 2000/78, potem mora biti zavrnitev sklenitve pogodbe o storitvah ali podobne pogodbe s samozaposleno osebo zaradi njene spolne usmerjenosti prav tako prepovedana s to določbo, ki se nanaša tako na zaposlitev kot samozaposlitev.

95. Na koncu bi rada odgovorila na dodatno vprašanje, o katerem se je razpravljalo na obravnavi. Ali bi se člen 3(1)(a) Direktive 2000/78 uporabljal tudi v hipotetičnem primeru, ko s samozaposlenim delavcem, kot je J. K., ne bi obstajalo dolgotrajno predhodno razmerje sodelovanja, temveč bi se prvič potegoval za to delo in bi mu bila pogodba zavrnjena zaradi njegove spolne usmerjenosti? Z drugimi besedami, ali je kontinuiteta dela sploh pomembna?

96. J. K. in Evropska komisija sta menila, da se v primeru prve prijave za to delo ne bi nič spremenilo. Poljska vlada je vztrajala pri svojem prejšnjem stališču, da tovrstne individualne odločitve ne spadajo pod pojem „pogoji, pod katerimi je dostopna […] samozaposlitev“.

97. Strinjam se z J. K. in Komisijo. Položaj, zajet v točki (a), je dostop do dela. Preteklo sodelovanje ni povezano s prijavo za delo in uspešno sklenitvijo pogodbe. Z drugimi besedami, zavrnitev sklenitve pogodbe v postopku v glavni stvari ne spada na področje uporabe člena 3(1)(a) Direktive 2000/78, ker je imel J. K. predhodne pogodbe z družbo TP, temveč zato, ker mu je bil onemogočen dostop do novega dela, ker družba TP z njim ni želela skleniti nove pogodbe.

Vmesni predlog

98. Zavrnitev sklenitve individualne pogodbe o storitvah s samozaposlenim delavcem zaradi spolne usmerjenosti te osebe je zajeta v izrazu „[pogoj], pod katerim je dostopna […] samozaposlitev“ iz člena 3(1)(a) Direktive 2000/78.

[40] Točka 39.

[41] Sodba LGBTI, točka 32.

[42] Sodba LGBTI, točka 33.

B. Uporaba člena 3(1)(c) Direktive 2000/78

99. V posebnih okoliščinah obravnavane zadeve je zaradi zavrnitve sklenitve pogodbe z J. K. temu ne le onemogočen dostop do novega dela, temveč tudi prekinjeno njegovo sedemletno sodelovanje z družbo TP zgolj na podlagi njegove spolne usmerjenosti. Zato menim, da se v obravnavani zadevi uporablja tudi člen 3(1)(c) Direktive 2000/78.

100. Poljska vlada je trdila, da se člen 3(1)(c) Direktive 2000/78 ne more uporabljati, ker, prvič, samozaposlitev v tej določbi ni izrecno navedena in, drugič, samozaposleni delavci v nobenem primeru ne morejo biti „odpuščeni“.

101. Po mojem mnenju se s členom 3(1)(c) Direktive 2000/78 dopolnjuje njegova točka (a). Medtem ko se zadnjenavedena točka nanaša na dostop do dela, se prvonavedena točka nanaša na delovne pogoje, vključno s prenehanjem dela. Neobstoj sklicevanja na samozaposlitev v točki (c) je zato treba pripisati nejasnemu zakonodajnemu besedilu in ne namenu zakonodajalca, da bi izključil samozaposlene delavce. Medtem ko namreč točka (a) člena 3(1) napotuje tako na osebno kot na stvarno področje uporabe Direktive 2000/78, napotuje točka (c) le na njeno stvarno področje uporabe.

102. Drugič, res je, da samozaposleni delavci ne morejo biti odpuščeni, če se beseda odpustitev uporablja le v zvezi z zaposlitvijo. Vendar je to brezpredmetno. V členu 3(1)(c) Direktive 2000/78 je odpustitev navedena kot primer tega, kaj se razume pod pojmom „zaposlitev in delovni pogoji“. Ta določba se uporablja za vse delovne pogoje in prenehanje dela. [43]

Vmesni predlog

103. Položaj, kakršen je ta v obravnavani zadevi, v katerem je samozaposleni delavec že vzpostavil sodelovanje s prejemnikom storitev, ki je zavrnil sklenitev nove pogodbe izključno zaradi njegove spolne usmerjenosti, spada na področje uporabe člena 3(1)(c) Direktive 2000/78.

C. Ali se je mogoče sklicevati na pogodbeno svobodo, da bi upravičili diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti?

104. Drugo vprašanje, ki izhaja iz predloga za predhodno odločanje, je, ali se lahko družba TP sklicuje na pogodbeno svobodo, razumljeno kot pravica do svobodne izbire pogodbene stranke iz člena 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju, kot utemeljitev za izključitev uporabe Direktive 2000/78?

105. Direktiva 2000/78 v členu 2(5) določa, da je mogoče z nacionalnimi ukrepi izjemoma izključiti uporabo te direktive, če so ti med drugim potrebni za varstvo pravic in svoboščin drugih. Sodišče je pojasnilo, da je treba to določbo kot izjemo od načela prepovedi diskriminacije razlagati ozko. [44]

[43] Poleg tega želim poudariti, da je Sodišče v drugačnem kontekstu, povezanem s prostim gibanjem in pravicami državljanov, ki temeljijo na Direktivi 2004/38/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja Direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EEC (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 5, str. 46), že priznalo, da je neprostovoljno prenehanje dela samozaposlene osebe mogoče izenačiti z neprostovoljno odpovedjo zaposleni osebi. Glej sodbi z dne 20. decembra 2017, Gusa (C-442/16, EU:C:2017:1004, točka 43), in z dne 11. aprila 2019, Tarola (C-483/17, EU:C:2019:309, točka 48).

[44] Glej v tem smislu sodbo z dne 13. septembra 2011, Prigge in drugi (C-447/09, EU:C:2011:573, točka 56).

106. Ali je mogoče člen 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju razumeti kot ukrep, ki je v demokratični družbi potreben za varstvo svoboščin drugih, kot je določeno v členu 2(5) Direktive 2000/78?

107. Člen 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju zagotavlja svobodo izbire pogodbene stranke. V skladu s to določbo se ta svoboda lahko omeji, da se prepreči diskriminacija na podlagi spola, rase, etnične pripadnosti ali državljanstva. Vendar omejitev pogodbene svobode ni predvidena v primeru, ko izbira povzroči diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti. Tako je odločanje o sklenitvi pogodbe na podlagi spolne usmerjenosti potencialne pogodbene stranke v skladu s tem zakonom dovoljeno.

108. Ob uporabi člena 2(5) Direktive 2000/78 določba nacionalnega prava, ki dovoljuje diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti, ni v nasprotju s to direktivo, če je potrebna za omogočanje pogodbene svobode.

109. Na začetku in preden se lotim kakršne koli oblike nadzora nad sorazmernostjo, moram navesti, da o tem vprašanju težko razmišljam v smislu uravnoteženja. Ali lahko dovoljenje za diskriminacijo na podlagi katerega koli od prepovedanih razlogov sploh spada v okvir pogodbene svobode v družbi, ki temelji na vrednoti enakosti? [45]

110. Če pa je mogoče sprejeti, da je pogodbena svoboda omejena s prepovedjo diskriminacije na podlagi razlogov, naštetih v Direktivi 2000/78, običajna analiza sorazmernosti pripelje do zaključka, da dovolitev diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti ni potrebna za zaščito pogodbene svobode v demokratični družbi.

111. Bližnjica do ugotovitve, da člen 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju v demokratični družbi ni potreben za zaščito pogodbene svobode, vodi prek poudarka, da ta določba že prepoveduje diskriminacijo na podlagi spola, rase ali etničnega porekla pri izbiri sopogodbenika. To samo po sebi dokazuje, da poljski zakonodajalec svobode diskriminiranja ne razume kot nujne za zagotavljanje pogodbene svobode v demokratični družbi.

112. Pri uravnoteženju dveh temeljnih pravic je treba presoditi, ali je bila ena od njiju nesorazmerno omejena. Ker se v skladu s členom 2(5) Direktive 2000/78 pogodbena svoboda uporablja kot utemeljitev za odstopanje od te direktive, je za to, paradoksalno, potrebna obratna analiza. Postaviti si je treba vprašanje, ali Direktiva 2000/78 nesorazmerno omejuje pogodbeno svobodo. Če se izkaže, da ni tako, je treba ugotoviti, da nacionalni predpis, ki varuje svoboščino, uporabljeno kot utemeljitev (pogodbena svoboda), v demokratični družbi ni potreben. [46]

[45] Sodišče je v nedavnih sodbah, v katerih je odločalo na občni seji, pojasnilo, da so vrednote, naštete v členu 2 PEU, vključno z enakostjo, sestavni del same identitete Evropske unije (sodbi z dne 16. februarja 2022, Madžarska/Parlament in Svet, C-156/21, EU:C:2022:97, točka 232, in z dne 16. februarja 2022, Poljska/Parlament in Svet, C-157/21, EU:C:2022:98, točka 264). Namen Direktive 2000/78 je ravno uresničiti vrednoto enakosti z uveljavitvijo prepovedi diskriminacije, kot je izražena v členu 21 Listine. Vse od sodbe z dne 8. aprila 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56), je enakost predstavljala družbeni model, ki si ga Unija prizadeva doseči. C. McCrudden na primer pojasnjuje, da ima načelo enakega obravnavanja, če se enakost razume kot koncept varstva pravic, poseben pomen pri dokazovanju, da cilji Evropske unije presegajo gospodarske cilje in segajo na področje varstva evropskega socialnega modela. Glej McCrudden, C., „The New Concept of Equality“, *ERA*, 2003, str. 18. Glej tudi Waddington, L., „Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination“, *Industrial Law Journal*, 1999, str. od 133 do 151, str. 134, ki meni, da vključitev člena 13 ES v Pogodbo ni bila v prvi vrsti posledica želje po boju proti diskriminaciji iz ekonomskih razlogov, temveč je šlo za to, da bi Evropo „približali državljanom“.

[46] Sodišče je podobno tehtanje med pravico do nediskriminacije, kot je določena v Direktivi 2000/78, in svobodo izražanja, kot je varovana v členu 11 Listine, opravilo v sodbi LGBTI, točke od 47 do 57. Sodišče je med pravico do nediskriminacije, kot je določena v Direktivi 2000/78, in svobodo združevanja, kot je varovana v členu 12 Listine, tehtalo v sodbi z dne 2. junija 2022, HK/Danmark in HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, točke od 41 do 47).

113. Za uporabo v tej zadevi se analiza opravi na naslednji način. Kot izhodišče je treba ugotoviti, da pravica, ki je uporabljena kot utemeljitev, v tem primeru pogodbena svoboda, ni absolutna pravica.[47] Lahko se omeji z zakonom, da se dosežejo socialno sprejemljivi cilji, če to ne vpliva na samo bistvo te pravice in je omejitev sorazmerna (primerna in nujna) z zastavljenimi cilji.

114. Zahteva, da je omejitev pogodbene svobode vsebovana v zakonu, je izpolnjena, saj je določena v direktivi Unije.

115. Drugič, cilj Direktive 2000/78 je uresničiti enakost na področju „zaposlovanja in dela" v vseh državah članicah Unije. Navedena direktiva prispeva tudi k doseganju drugih ciljev, navedenih v Pogodbah. V skladu z uvodno izjavo 11 te direktive „[d]iskriminiranje zaradi vere ali prepričanja, hendikepiranosti, starosti ali spolne usmerjenosti lahko ogrozi uresničevanje ciljev […] visoke ravni zaposlenosti in socialnega varstva, višanja življenjske ravni in kakovosti življenja, ekonomske in socialne kohezije in solidarnosti ter prostega gibanja oseb". Direktiva 2000/78 torej omejuje pogodbeno svobodo, da se dosežejo enakost in drugi pomembni cilji Unije, ki so legitimni.

116. Tretjič, ta direktiva omejuje svobodo izbire izvajalcev zgolj s tem, da izključuje možnost, da ta izbira temelji na enem od naštetih razlogov. Delodajalcem ali drugim osebam v podobnem položaju ne preprečuje, da bi izbrali najprimernejšo osebo za delo. V zvezi s tem je v uvodni izjavi 17 Direktive 2000/78 pojasnjeno, da se s to direktivo „ne zahteva, da se zaposli, poviša, obdrži v službi ali usposablja posameznika, ki ni usposobljen, zmožen in na razpolago za izpolnjevanje bistvenih funkcij zadevnega delovnega mesta […]". Menim, da je to bistvo pogodbene svobode.

117. Odločitev o nezaposlitvi ali odpustitvi lahko temelji na različnih razlogih, ki so upoštevni za zadevno delovno mesto.[48] Zato prepoved diskriminacije na podlagi naštetih razlogov pri izbiri, s kom skleniti pogodbo, ne vpliva na bistvo pogodbene svobode.

118. Če sprejmemo, da omejitev pogodbene svobode dejansko obstaja, je treba nato dokazati, da je ta omejitev primerna in nujna za dosego legitimnega cilja oziroma ciljev Direktive 2000/78. Omejila se bom na analizo sorazmernosti v zvezi s ciljem boja proti diskriminaciji na področju zaposlovanja in dela, saj je ta cilj neposredno povezan s pravno podlago, na kateri je bila sprejeta ta direktiva.[49]

119. Direktiva 2000/78 je s tem, da izključuje možnost diskriminacije na podlagi prepovedanih razlogov in da se v členu 17 zahteva, da države članice pri njenem prenosu predvidijo učinkovite in odvračilne sankcije, primerna, da prispeva k boju proti diskriminaciji, saj je mogoče pričakovati, da bo to privedlo do postopnega zmanjšanja in na koncu do izginotja takšnega ravnanja.

[47] Opozoriti je treba, da je pogodbena svoboda tudi v pravnem redu Unije priznana kot ena od temeljnih pravic, in sicer kot del svobode gospodarske pobude, ki jo zagotavlja člen 16 Listine. Glej na primer sodbo z dne 21. decembra 2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, točka 79). To najprej pomeni, da je zakonodajalec Unije dolžan to svobodo upoštevati pri sprejemanju protidiskriminacijske zakonodaje. Drugič, kot se razume v pravnem redu Unije, pogodbena svoboda ni absolutna. Prav nasprotno, Sodišče je razsodilo, da je svoboda gospodarske pobude, kot je določena v členu 16 Listine, „lahko […] podvržena širokemu spektru posegov organov javne oblasti, ki lahko v splošnem interesu določijo omejitve za izvajanje gospodarske dejavnosti". Glej v zvezi s tem sodbo z dne 22. januarja 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, točka 46); glej tudi sodbo z dne 21. decembra 2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, točki 80 in 81). V zvezi z zadnjenavedeno točko glej tudi 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, str. od 167 do 182.

[48] Glej na primer za primer nosečnice, odpuščene zaradi kolektivnih odpustov, sodbo z dne 22. februarja 2018, Porras Guisado (C-103/16, EU:C:2018:99, točka 71).

[49] Glej točko 44 teh sklepnih predlogov.

120. Družbo brez diskriminacije na podlagi prepovedanih razlogov na področju zaposlovanja in dela je mogoče doseči le, če nihče, ki potrebuje in išče delo druge osebe, ne upošteva nobene od značilnosti, naštete Direktiva 2000/78. V nasprotnem primeru osebe s temi značilnostmi ne bi imele enakih možnosti za pridobitev dela. Zato je v družbi, v kateri imajo takšni pomisleki še vedno pomembno vlogo, prepoved takšnih odločitev in odvračanje od njih z ustreznimi sankcijami nujen minimum za dosego tega cilja. Menim, da ni manj omejevalne možnosti za dosego cilja, ki je področje zaposlovanja in dela brez diskriminacije.

121. Ker torej pogodbena svoboda, ki naj bi jo ščitil člen 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju, z Direktivo 2000/78 ni nesorazmerno omejena, te določbe ni mogoče razlagati kot nujne za varstvo svobode izbire pogodbenih strank v demokratični družbi.

Vmesni predlog

122. Nacionalna določba, kot je člen 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju, ni nujna za varstvo svobode izbire pogodbene stranke v demokratični družbi. S to določbo torej ni mogoče utemeljiti izključitev uporabe Direktive 2000/78 na podlagi njenega člena 2(5).

D. Obveznosti predložitvenega sodišča v primeru nasprotja med predpisom nacionalnega prava in Direktivo 2000/78

123. Ker člen 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju v demokratični družbi ni nujen, se v obravnavani zadevi za zavrnitev sklenitve pogodbe s samozaposlenim delavcem zaradi njegove spolne usmerjenosti še naprej uporablja Direktiva 2000/78.

124. Predložitveno sodišče je v predlogu za sprejetje predhodne odločbe pojasnilo, da se za položaj iz postopka v glavni stvari uporablja člen 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju.[50]

125. To pomeni, da je predložitveno sodišče postavljeno pred vprašanje, katera od nasprotujočih si določb se uporablja v obravnavani zadevi: prva določba, ki jo vsebuje Direktiva 2000/78, prepoveduje družbi TP, da zavrne sklenitev pogodbe z J. K., ker je homoseksualec; druga določba, ki jo vsebuje poljski zakon o enakem obravnavanju, pa družbi TP dovoljuje, da zavrne sklenitev pogodbe z J. K., ker je homoseksualec.

126. V pravu Unije obstaja pravilo, ki se uporabi v primeru takšne kolizije dveh predpisov, ki se uporabljata za isti niz elementov dejanskega stanja: nacionalno sodišče mora pri odločanju o zadevi uporabiti predpis Unije in ne predpisa nacionalnega prava.[51] S primarnostjo prava Unije se torej takšna kolizija predpisov reši v korist predpisa Unije.

127. Zaradi celovitosti je treba dodati, da primarnost deluje kot kolizijsko pravilo in zahteva neuporabo nasprotujočega nacionalnega predpisa, če ima predpis Unije neposredni učinek.[52]

[50] Za razlago nacionalnega prava je pristojno izključno nacionalno sodišče. Sodišče se mora torej v postopku predhodnega odločanja opreti na razlago nacionalnega prava, ki jo je podalo nacionalno sodišče. Predložitveno sodišče je pojasnilo, da po njegovem mnenju za vrsto pogodbe, kot je pogodba v obravnavani zadevi, velja poljski zakon o enakem obravnavanju na podlagi člena 4(2) tega zakona in da se zato uporablja tudi člen 5(3) tega zakona.

[51] Sodbi z dne 9. marca 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, točke od 21 do 23), in z dne 22. februarja 2022, RS (Učinek sodb ustavnega sodišča) (C-430/21, EU:C:2022:99, točki 62 in 63).

[52] Sodba z dne 24. junija 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, točke od 60 do 64 in 68).

128. Direktive imajo neposredni učinek v vertikalnih položajih.[53] Glede na to, da je družba TP javna televizijska postaja,[54] je bilo v sodni praksi razsojeno, da je treba tak položaj za namene neposredne uporabe direktive razumeti kot vertikalni[55]. J. K. se torej v postopku v glavni stvari lahko sklicuje na Direktivo 2000/78 proti družbi TP.

129. Poleg tega sta upoštevni določbi Direktive 2000/78 (člen 3(1), točki (a) in (c)) brezpogojni in dovolj natančni, da ju nacionalno sodišče lahko uporabi.[56] Jasno je, da ima subjekt, kot je J. K. (samozaposleni delavec), na podlagi teh določb pravico do nediskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti, ko se prijavlja za novo delo ali podaljšanje obstoječega sodelovanja; prav tako je jasno, da subjekt, kot je družba TP, ki išče uredniške storitve, ne sme zavrniti sklenitve pogodbe s samozaposlenim delavcem zgolj zaradi njegove spolne usmerjenosti. Na podlagi upoštevnih določb Direktive 2000/78 je torej mogoče ugotoviti, da je bila J. K. podeljena pravica, da ima družba TP s tem povezano obveznost in da vsebina te pravice/obveznosti pomeni, da je uporaba spolne usmerjenosti kot merila za sklenitev pogodbe prepovedana.

130. Nacionalno sodišče zato pri odločanju o obravnavani zadevi ne sme uporabiti člena 5(3) poljskega zakona o enakem obravnavanju. Ponoviti velja tudi, da ta obveznost nacionalnega sodišča ni odvisna od odločitve nacionalnega zakonodajalca, da spremeni nacionalno zakonodajo in jo uskladi s pravom Unije. Vendar to ne izključuje vzporedne obveznosti nacionalnega zakonodajalca, da to stori.

Vmesni predlog

131. Člen 3(1)(a) in (c) Direktive 2000/78 se uporablja v obravnavani zadevi in ima neposredni učinek. J. K. se torej lahko pred predložitvenim sodiščem sklicuje na prepoved zavrnitve podpisa pogodbe z njim kot samozaposlenim delavcem zaradi njegove spolne usmerjenosti, ki velja za družbo TP. Predložitveno sodišče nasprotujoče nacionalne določbe torej ne sme uporabiti.

V. Predlog

132. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (okrajno sodišče glavnega mesta Varšava v Varšavi, Poljska), odgovori:

Člen 3(1)(a) in (c) Direktive Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu je treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalni zakonodaji, ki dovoljuje zavrnitev sklenitve civilnopravne pogodbe o opravljanju storitev, na podlagi katere naj bi samozaposleni delavec opravljal osebno delo, če je razlog za zavrnitev spolna usmerjenost te osebe.

[53] Sodbi z dne 5. aprila 1979, Ratti (148/78, EU:C:1979:110, točke od 20 do 23), in z dne 7. avgusta 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, točka 45).

[54] Njen lastnik je državna blagajna. Opozoriti je treba, da družba TP, tožena stranka v postopku pred predložitvenim sodiščem, ni predložila pisnih stališč in se ni udeležila obravnave pred Sodiščem.

[55] Sodbi z dne 26. februarja 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, točke od 46 do 49), in z dne 10. oktobra 2017, Farrell (C-413/15, EU:C:2017:745, točke od 32 do 35).

[56] Sodbe z dne 19. novembra 1991, Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428, točki 11 in 12); z dne 24. januarja 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, točka 33); z dne 16. julija 2015, Larentia + Minerva in Marenave Schiffahrt (C-108/14 in C-109/14, EU:C:2015:496, točki 48 in 49), in z dne 8. marca 2022, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Neposredni učinek) (C-205/20, EU:C:2022:168, točke od 17 do 19).