Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
TAMARE ĆAPETA
od 8. rujna 2022.[1]

Predmet C-356/21

J. K.
protiv
TP S. A.,
uz sudjelovanje:
PTPA

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Općinski sud u Varšavi, Poljska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja – Direktiva 2000/78/EZ – Članak 3. – Zabrana svake diskriminacije na temelju spolne orijentacije – Samozaposleni radnik – Odbijanje obnove ugovora”

I. Uvod

1. Nakon sedam godina poslovnog odnosa na temelju uzastopnih kratkoročnih ugovora, javna televizijska postaja TP odbila je potpisati novi ugovor o pružanju montažerskih usluga s osobom J. K. zbog njegove spolne orijentacije[2].

2. Može li J. K., kao samozaposleni radnik, uživati zaštitu od diskriminacije na temelju spolne orijentacije prema Direktivi 2000/78?

3. Područje primjene Direktive 2000/78 glavno je pitanje čije pojašnjenje od Suda svojim zahtjevom traži Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Općinski sud u Varšavi, Poljska).

4. Drugo pitanje koje se ističe u zahtjevu za prethodnu odluku jest odnos između zabrane diskriminacije i slobode ugovaranja. Sud koji je uputio zahtjev pita se o usklađenosti s Direktivom 2000/78 odredbe nacionalnog prava kojom se omogućuje uzimanje u obzir spolne orijentacije kao kriterija izbora s kime će se sklopiti ugovor.

[1] Izvorni jezik: engleski

[2] Sud koji je uputio zahtjev utemeljio je ovaj zahtjev za prethodnu odluku na pretpostavci prema kojoj se odbijanje sklapanja ugovora temeljilo na spolnoj orijentaciji osobe J. K. Odluka je li postojala diskriminacija jest odluka koju treba donijeti taj sud. Vidjeti u tom pogledu uvodnu izjavu 15. Direktive Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja (SL 2000., L 303, str. 16.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 1., str. 69. i ispravak SL 2020., L 63, str. 9.) i presudu od 25. travnja 2013., Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, t. 42.). U ovom mišljenju stoga će se poći od pretpostavke da se u ovom sporu radi o izravnoj diskriminaciji na temelju spolne orijentacije.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

5. U skladu s člankom 1. Direktive 2000/78, naslovljenim „Svrha”, njezina je svrha „utvrditi opći okvir za borbu protiv diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije u vezi sa zapošljavanjem i obavljanjem zanimanja, kako bi se u državama članicama ostvarila primjena načela jednakog postupanja”.

6. Članak 2. te direktive, naslovljen „Pojam diskriminacije”, određuje:

„1. Za potrebe ove Direktive ‚načelo jednakog postupanja’ znači nepostojanje bilo kakve izravne ili neizravne diskriminacije na temelju bilo kojeg od razloga iz članka 1.

2. Za potrebe stavka 1.:

(a) izravna diskriminacija postoji ako se prema nekoj osobi postupa nepovoljnije nego što se postupa ili se postupalo ili bi se postupalo prema nekoj drugoj osobi u usporedivoj situaciji, zbog bilo kojeg od razloga iz članka 1.;

[…]

5. Ova Direktiva ne utječe na mjere koje proizlaze iz nacionalnog zakonodavstva, a koje su u demokratskom društvu potrebne zbog očuvanja javne sigurnosti, održanja javnog reda i prevencije kaznenih djela, radi zaštite zdravlja te zaštite prava i sloboda drugih ljudi.”

7. U skladu s člankom 3. („Područje primjene”):

„1. U granicama nadležnosti prenesenih na [Uniju], ova se Direktiva primjenjuje na sve osobe, bilo u javnom ili privatnom sektoru, uključujući javna tijela, u odnosu na:

(a) uvjete za pristup zapošljavanju, samozapošljavanju ili uvjete za obavljanje zanimanja, uključujući mjerila odabira i uvjete za primanje u radni odnos, bez obzira na to o kojoj se vrsti djelatnosti radi te na svim profesionalnim razinama, uključujući napredovanje;

[…]

(c) zapošljavanje i uvjete rada, uključujući otkaze i plaće;

[…]”

B. Poljsko pravo

8. U skladu s člankom 2. stavkom 1. Ustawe o wdrożeniu niektórych przepisów prawa Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Zakon o provedbi nekih odredbi prava Europske unije u području jednakog postupanja) od 3. prosinca 2010. (Dz. U. iz 2020., poz. 2156. – pročišćeni tekst) (u daljnjem tekstu: poljski Zakon o ravnopravnosti), taj se zakon „primjenjuje na fizičke i pravne osobe te organizacijske jedinice koje nisu pravne osobe, a kojima se pravna sposobnost priznaje zakonom”.

9. Preciznije, članak 4. točka 2. poljskog Zakona o ravnopravnosti propisuje da se taj zakon primjenjuje na „uvjete poduzimanja i obavljanja gospodarske ili profesionalne djelatnosti, osobito u okviru radnog odnosa ili zaposlenja na temelju građanskopravnog ugovora”.

10. Članak 5. točka 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti pojašnjava da se taj zakon ne primjenjuje na „slobodu izbora ugovorne strane, pod uvjetom da se izbor ne provodi na temelju spola, rase, etničkog podrijetla ili nacionalnosti”.

11. Člankom 8. poljskog Zakona o ravnopravnosti propisuje se:

„1. Zabranjuje se nejednako postupanje prema fizičkim osobama na temelju spola, rase, etničkog podrijetla, nacionalnosti, vjere, vjerskog uvjerenja, svjetonazora, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije u pogledu:

[…]

(2) uvjeta poduzimanja i obavljanja gospodarske ili profesionalne djelatnosti, osobito u okviru radnog odnosa ili zaposlenja na temelju građanskopravnog ugovora;

[…]”

12. Člankom 13. poljskog Zakona o ravnopravnosti propisuje se:

„1. Svaka osoba u odnosu na koju je došlo do povrede načela jednakog postupanja ima pravo na naknadu štete.

2. U predmetima koji se odnose na povredu načela jednakog postupanja primjenjuju se odredbe [Ustawe – Kodeks cywilny (Zakon o Građanskom zakoniku) od 23. travnja 1964.].”

III. Glavni postupak i prethodno pitanje

13. Između 2010. i 2017. godine J. K. je sklopio niz uzastopnih kratkoročnih ugovora na osnovi samozapošljavanja s društvom TP, koje upravlja nacionalnim javnim televizijskim kanalom u Poljskoj i čiji je jedini dioničar državna riznica.

14. Na temelju tih ugovora, rad koji je J. K. obavljao uključivao je pripremu montiranog materijala za televizijske najave i reportaže, koji su se zatim koristili u promotivnim materijalima televizijskog kanala. On je obavljao svoje zadatke u sklopu unutarnje organizacijske jedinice televizijskog kanala, u Redakcji Oprawy i Promocji Programu 1 (Redakcija Prvog programa za montažu i promotivne sadržaje), kojom je rukovodila osoba W. S. U okviru sklopljenih ugovora o djelu J. K. je obavljao tjedna dežurstva tijekom kojih je pripremao materijale za promotivna emitiranja televizijskog kanala. W. S., njegov neposredno nadređeni, dodjeljivao je dežurstva osobi J. K. i drugom novinaru koji je obavljao iste zadatke, tako da je svaki od njih mjesečno imao dva jednotjedna dežurstva.

15. Od kolovoza 2017. u okviru unutarnjeg ustroja društva TP bila je predviđena reorganizacija, u sklopu koje su zadaci koje je obavljao J. K. trebali biti premješteni u novouspostavljenu jedinicu, Agencju Kreacji Oprawy i Reklamy (Agencija za kreiranje sadržaja i oglašavanje). Radi provođenja reorganizacije i procjene suradnika koji su trebali biti premješteni u novu agenciju imenovana su dva nova zaposlenika.

16. Na sastancima potkraj listopada i početkom studenoga 2017., na kojima je bio prisutan jedan od novih zaposlenika zaduženih za reorganizaciju, J. K. je dobio pozitivnu ocjenu te je naveden među suradnicima koji su uspješno prošli postupak procjene.

17. J. K. i društvo TP dana 20. studenoga 2017. sklopili su ugovor o djelu za razdoblje od jednog mjeseca.

18. J. K. je 29. studenoga 2017. dobio radni raspored za prosinac 2017. Njime su bila predviđena ukupno dva tjedna dežurstva, prvi tjedan trebao je početi teći 7. prosinca 2017., a drugi 21. prosinca 2017.

19. Dana 4. prosinca 2017. J. K. i njegov partner na svojem kanalu na YouTubeu objavili su božićni glazbeni videozapis s ciljem promicanja tolerancije prema istospolnim parovima.

20. Dva dana kasnije, 6. prosinca 2017., J. K. je od društva TP zaprimio poruku elektroničke pošte kojom je otkazano razdoblje dežurstva koje je trebalo početi 7. prosinca 2017.

21. Dana 20. prosinca 2017. J. K. je obaviješten da ne treba doći ni na razdoblje dežurstva koje je trebalo početi 21. prosinca 2017. Stoga tijekom prosinca 2017. nije obavio nijedno razdoblje dežurstva niti su mu, kao što je to pojašnjeno na raspravi, plaćene te ugovorene usluge.

22. Konačno, J. K. i društvo TP nisu sklopili novi ugovor (za siječanj 2018.). Odluku o prekidu suradnje s osobom J. K., sudeći prema zahtjevu za prethodnu odluku, donijele su osobe odgovorne za provođenje reorganizacije.

23. Tužbom podnesenom sudu koji je uputio zahtjev, Sądu Rejonowym dla m.st. Warszawy w Warszawie (Općinski sud u Varšavi), J. K. zahtijeva iznos od 47 924,92 zlota (PLN) (oko 10 130 eura), uvećan za zakonske zatezne kamate izračunane od dana podnošenja tužbe do dana isplate. Iznos od 35 943,69 PLN (oko 7600 eura) potražuje se na ime naknade materijalne štete, a iznos od 11 981,23 PLN (oko 2530 eura) na ime naknade nematerijalne štete zbog povrede načela jednakog postupanja na temelju spolne orijentacije u obliku izravne diskriminacije u pogledu uvjeta pristupa i obavljanja gospodarskih djelatnosti u okviru građanskopravnog ugovora.

24. U prilog svojoj tužbi J. K. ističe da je bio žrtva izravne diskriminacije društva TP zbog svoje spolne orijentacije. Tvrdi da je vjerojatni uzrok otkazivanja razdoblja dežurstava i prestanka poslovnog odnosa s društvom TP bila objava navedenog božićnog glazbenog videozapisa na YouTubeu.

25. Društvo TP zahtijeva da se tužba odbije ističući da ni njegova praksa ni pravo ne jamče obnovu poslovnih ugovora.

26. Sud koji je uputio zahtjev pojašnjava da nije jasno u kojoj su mjeri samozaposleni radnici obuhvaćeni zaštitom koju pruža Direktiva 2000/78. Također dvoji o usklađenosti s tom direktivom članka 5. točke 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti, za koji taj sud smatra da se primjenjuje na okolnosti ovog slučaja.

27. U tim je okolnostima Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Općinski sud u Varšavi) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Treba li članak 3. stavak 1. točke (a) i (c) [Direktive 2000/78] tumačiti na način da se njime dopušta isključenje iz područja primjene [Direktive 2000/78], a posljedično i isključenje iz primjene sankcija koje su u nacionalno pravo uvedene na temelju članka 17. [te direktive], slobode izbora ugovorne strane, pod uvjetom da se izbor ne provodi na temelju spola, rase, etničkog podrijetla ili nacionalnosti, u situaciji u kojoj bi se diskriminacija očitovala odbijanjem sklapanja građanskopravnog ugovora na temelju kojeg bi samozaposlena fizička osoba trebala obavljati rad, kada bi razlog tom odbijanju bila spolna orijentacija mogućeg suugovaratelja?”

28. Pisana očitovanja podnijeli su J. K., belgijska, nizozemska, poljska i portugalska vlada te Europska komisija. Na raspravi održanoj 31. svibnja 2022. J. K., poljska vlada i Komisija iznijeli su usmena očitovanja.

IV. Analiza

29. Sud koji je uputio zahtjev svojim pitanjem, kako ga ja razumijem, u biti želi znati je li dužan primijeniti članak 5. točku 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti kada odlučuje o tome treba li društvo TP platiti naknadu osobi J. K. zbog diskriminacije koja se temelji na njegovoj spolnoj orijentaciji.

30. U skladu s pravom Unije, to ovisi o primjenjivosti Direktive 2000/78. Ako se J. K. može pozvati na članak 3. te direktive kako bi isključio mogućnost da društvo TP uzme u obzir njegovu spolnu orijentaciju kao razlog da s njim ne sklopi ugovor, sud koji je uputio zahtjev dužan je prilikom rješavanja ovog predmeta izuzeti iz primjene članak 5. točku 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti.

31. Stoga je relevantno pitanje je li odbijanje sklapanja ugovora zbog spolne orijentacije mogućeg suugovaratelja obuhvaćeno područjem primjene Direktive 2000/78, točnije, je li takav ugovor uvjet „za pristup […] samozapošljavanju”, kako je predviđen njezinim člankom 3. stavkom 1. točkom (a).

32. Zbog posebnosti ovog predmeta, odredba koja bi također mogla biti primjenjiva jest i članak 3. stavak 1. točka (c) Direktive 2000/78.

33. Stoga ću postupiti na sljedeći način. Kao prvo, analizirat ću obuhvaća li članak 3. stavak 1. točka (a) Direktive 2000/78 situacije poput one u ovom predmetu (A). U tom ću pogledu objasniti kako treba shvatiti pojam samozapošljavanja koji se upotrebljava u toj odredbi i kako ga, ako uopće, treba razgraničiti od pojma isporuke robe i pružanja usluga. Potom ću zaključiti da je sklapanje pojedinačnog ugovora obuhvaćeno pojmom „uvjeti za pristup […] samozapošljavanju” iz članka 3. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/78. U sljedećem odjeljku, pod (B), ukratko ću ispitati je li članak 3. stavak 1. točka (c) te direktive primjenjiv na ovaj predmet, s obzirom na to da je sud koji je uputio zahtjev u svojem pitanju, kako je formulirano, naveo i tu odredbu. Nakon što utvrdim da su obje te odredbe primjenjive, analizirat ću bi li sloboda ugovaranja, kako je provedena

člankom 5. točkom 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti, mogla omogućiti isključenje primjene Direktive 2000/78 (C) i, ako ne bi, koje su posljedice za članak 5. točku 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti i koje su obveze suda koji je uputio zahtjev na temelju prava Unije (D).

A. Primjenjivost članka 3. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/78

34. U skladu s njezinim člankom 3. stavkom 1. točkom (a), Direktiva 2000/78 primjenjuje se na „uvjete za pristup zapošljavanju, samozapošljavanju ili uvjete za obavljanje zanimanja".

35. Stoga se ta odredba izričito odnosi na samozaposlene radnike. Nitko od sudionika u ovom postupku nije osporavao da se J. K. može smatrati samozaposlenim radnikom. Zašto se onda uopće postavlja pitanje primjenjivosti te odredbe?

36. Kao prvo, kao što je to istaknuo sud koji je uputio zahtjev, Sud još nije razjasnio pojam „samozapošljavanje" u kontekstu Direktive 2000/78. S obzirom na to da se tom direktivom ne upućuje na prava država članica, taj pojam treba tumačiti kao autonoman pojam prava Unije te njegov smisao i doseg doista treba odrediti Sud [3]. Ovim se zahtjevom za prethodnu odluku stoga Sudu nudi takva mogućnost.

37. Kao drugo, poljska vlada ističe da, iako J. K. jest samozaposleni radnik, sklapanje ugovora s takvom osobom nije uvjet za pristup samozapošljavanju.

38. Stoga ću najprije objasniti da, prema mojem mišljenju, „samozapošljavanje", kako proizlazi iz Direktive 2000/78, obuhvaća isporuku robe i pružanje usluga kada se sastoje od vlastitog rada koji je njihov pružatelj uložio u takvu robu ili usluge. Zatim ću objasniti da je za samozaposlenog radnika sklapanje ugovora s osobom kojoj treba obaviti vlastiti rad uvjet za pristup samozapošljavanju. Ta dva objašnjenja zajedno dovode do zaključka da se članak 3. stavak 1. točka (a) Direktive 2000/78 primjenjuje na situaciju kao što je ona u predmetnom slučaju.

1. Pojam samozapošljavanja u Direktivi 2000/78

39. Direktiva 2000/78 ne definira „samozapošljavanje".

40. Pravni teoretičari primijetili su da se samozapošljavanje često koristi kao preostala kategorija, „svojevrsno konceptualno odlagalište u koje se odbacuju svi oni radni odnosi koji se ne uklapaju u (često uzak) kalup podređenog odnosa zapošljavanja" [4]. Tako je u binarnoj podjeli rada osoba koja radi ili zaposlena ili samozaposlena [5].

41. Ali što ako se nečiji rad istodobno može kvalificirati kao isporuka robe ili pružanje usluga drugima? Osoba koja, primjerice, za naknadu preuzima posao čišćenja nečijeg stana ili za naknadu peče tortu za nečiju rođendansku zabavu svojim radom pruža uslugu (čišćenja) ili isporučuje robu (tortu). Ako na taj način osobe iz tog primjera zarađuju za život, možemo ih istodobno smatrati i samozaposlenim osobama i isporučiteljima robe ili pružateljima usluga. Kao primatelji njihove robe ili usluga, istodobno „kupujemo" njihov rad i konačni proizvod tog rada.

[3] Presuda od 25. lipnja 2020., A i dr. (Vjetroelektrane u Aalteru i Neveleu) (C-24/19, EU:C:2020:503, t. 75.)

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

[5] Countouris i De Stefano (*ibid.*) tako primjećuju: „ako netko nije podređeni zaposlenik, ako njegov ili njezin rad nije predmet nadzora ili se ne obavlja pod vodstvom poslodavca, ako nije uključen u poduzeće ili ako ne preuzima nikakav poseban poslovni rizik, tada će većina pravnih sustava jednostavno pretpostaviti da je ta osoba samozaposlena".

42. Jesu li u takvom slučaju ti isporučitelji ili pružatelji obuhvaćeni pojmom „samozapošljavanje” u smislu Direktive 2000/78?

43. Prije nego što nastavim, moram zastati kako bih objasnila zašto se pitanje razgraničenja između samozapošljavanja i isporuke robe i pružanja usluga postavlja u okviru Direktive 2000/78.

44. Ta direktiva jedna je od onih donesenih na temelju sadašnjeg članka 19. UFEU-a[6], kojim je Europskoj uniji dodijeljena nadležnost za suzbijanje diskriminacije. Direktiva 2000/78 zabranjuje diskriminaciju na različitim temeljima, uključujući spolnu orijentaciju[7]. Međutim, ta direktiva ne može općenito suzbijati[8] niti suzbija diskriminaciju na tim zabranjenim temeljima. Zakonodavac Unije ograničio je „bojno polje” te direktive na područje „zapošljavanja i obavljanja zanimanja”[9].

45. Istodobno, još je od 2008. u zakonodavnom postupku Unije prijedlog druge direktive[10]. Cilj te direktive, kad (i ako) bude donesena[11], bit će suzbijanje diskriminacije na istim zabranjenim temeljima kao što su to oni navedeni u Direktivi 2000/78 u opisanom području, među ostalim, i u „pristupu robi i uslugama te opskrbi njima”. Stoga je jasno da zakonodavac Unije (još) nije uredio „pristup robi i uslugama te opskrbu njima” kako bi zabranio diskriminaciju na temelju spolne orijentacije.

46. Isključuje li činjenica da se u tom zakonodavnom prijedlogu upotrebljava izraz „pristup robi i uslugama te opskrba njima” mogućnost da se isporučitelji robe ili pružatelji usluga koje su rezultat njihova vlastitog rada obuhvate područjem primjene Direktive 2000/78? Smatram da ne isključuje.

47. Ni značenje „zapošljavanja i obavljanja zanimanja” iz Direktive 2000/78 ni značenje „pristupa robi i uslugama te opskrbe njima” iz prijedloga nove direktive[12] nisu u njihovim tekstovima dodatno pojašnjena. Osim toga, ni Sud još nije definirao te izraze, uključujući njihovu upotrebu u Direktivi 2000/43[13], koja se, za razliku od Direktive 2000/78, odnosi kako na „zapošljavanje i obavljanje zanimanja” tako i na „pristup robi i uslugama te pružanje robe i usluga”[14].

48. Prema mojem mišljenju, odgovor na pitanje je li osoba koja nudi svoj rad isporukom robe ili pružanjem usluga samozaposleni radnik na kojeg se odnosi članak 3. stavak 1. točka (a) Direktive 2000/78 ovisi o tumačenju toga što se smatra „zapošljavanjem i obavljanjem zanimanja”, s obzirom na to da taj izraz opisuje područje primjene Direktive 2000/78. Ako su isporuka robe i pružanje usluga koji su posljedica vlastitog rada na temelju samozapošljavanja obuhvaćeni tim izrazom,

6 Taj je pravni temelj uveden u Ugovore Ugovorom iz Amsterdama te je u vrijeme donošenja Direktive 2000/78 bio članak 13. UEZ-a.

7 U skladu s njezinim člankom 1., Direktiva 2000/78 zabranjuje diskriminaciju na temelju vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije.

8 Članak 19. UFEU-a ovlašćuje Uniju da suzbija diskriminaciju samo u okvirima nadležnosti koje su joj dodijeljene Ugovorima.

9 Vidjeti naslov Direktive 2000/78 i njezin članak 1.

10 Prijedlog direktive Vijeća o provedbi načela jednakog postupanja prema osobama bez obzira na njihovu vjeru ili uvjerenje, invaliditet, dob ili spolnu orijentaciju (COM(2008) 426 *final*)

11 Njezina zakonodavna povijest otkriva da su najvažniji čimbenici koji usporavaju donošenje te direktive, s jedne strane, troškovi koji omogućuju nediskriminirajući pristup robi i uslugama za osobe s invaliditetom i, s druge strane, supsidijarnost. Vidjeti u tom smislu Vijeće Europske unije, *Izvješće o napretku* br. 14046/21 od 23. studenoga 2021.

12 Vidjeti bilješku 10. ovog mišljenja.

13 Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o provedbi načela jednakog postupanja prema osobama bez obzira na njihovo rasno ili etničko podrijetlo (SL 2000., L 180, str. 22.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 20., svezak 1., str. 19.)

14 Direktiva 2000/43, kojom se zabranjuje diskriminacija na temelju rasnog ili etničkog podrijetla, također je donesena na temelju onoga što je sada članak 19. UFEU-a, otprilike u isto vrijeme kad i Direktiva 2000/78, zbog čega je upotreba pojmova u tim dvjema direktivama usporediva.

upotreba izraza „opskrba robom i uslugama” u zakonodavnom prijedlogu (bez ikakve namjere da se prejudicira njegovo tumačenje) ne isključuje primjenu Direktive 2000/78 na takve samozaposlene radnike.

49. Što, dakle, znači (i što ne znači) izraz „zapošljavanje i obavljanje zanimanja”?

a) „Zapošljavanje i obavljanje zanimanja”

50. U skladu s člankom 1. Direktive 2000/78, njezina je svrha borba protiv diskriminacije na navedenim temeljima u vezi sa „zapošljavanjem i obavljanjem zanimanja”.

51. Zakonodavac Unije nije pobliže pojasnio što se podrazumijeva pod tim izrazima. Međutim, nekoliko uvodnih izjava Direktive 2000/78 daje određene naznake. Uvodna izjava 4. te direktive upućuje na Konvenciju br. 111 Međunarodne organizacije rada (ILO), koja sama koristi taj izraz. Ta konvencija zabranjuje diskriminaciju u području zaposlenja i zanimanja u smislu da se odnosi na „sve radnike”, uključujući i samozaposlene [15].

52. U uvodnoj izjavi 9. Direktive 2000/78 ističe se da su „zapošljavanje i obavljanje zanimanja glavni elementi za osiguranje jednakih mogućnosti za sve i snažno pridonose punom sudjelovanju građana u gospodarskome, kulturnom i društvenom životu te ostvarenju njihovih osobnih potencijala”.

53. Te dvije uvodne izjave [16] upućuju na to da je cilj Direktive 2000/78 zaštititi sve osobe koje sudjeluju u društvu pružajući svoj rad.

54. Sudska praksa potvrdila je takvo tumačenje. U svojem mišljenju u predmetu HK nezavisni odvjetnik J. Richard de la Tour smatrao je da je „cilj te direktive da se zbog socijalnih i javnih interesa uklone sve prepreke zasnovane na diskriminatornim razlozima pristupu sredstvima za život i sposobnosti doprinošenja društvu radom, neovisno o pravnom obliku na temelju kojeg se on obavlja” [17]. Sud je podupro to stajalište u svojoj nedavnoj presudi u predmetu HK [18].

55. U potpunosti se slažem. Svrhu Direktive 2000/78 moguće je tumačiti tako da se njome zabranjuje diskriminacija na temelju, među ostalim, spolne orijentacije u profesionalnom životu osobe [19]. Time što obuhvaća područje „zapošljavanja i obavljanja zanimanja”, njezin je cilj omogućiti građanima da ostvare svoj potencijal i da zarađuju za život tako što pružaju svoj rad.

[15] Vidjeti u tom pogledu De Stefano, V., „Not as simple as it seems: The ILO and the personal scope of international labour standards”, *International Labour Review*, 2021., str. 387.-406., na str. 399. Vidjeti također Schubert, C., *Economically-dependent Workers as Part of a Decent Economy*, Beck/Hart/Nomos, 2022., str. 237.

[16] Vidjeti također Obrazloženje Prijedloga direktive Vijeća o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja. U dijelu tog obrazloženja u kojem se opisuje ono što će kasnije postati članak 3. Direktive 2000/78 osobito se ističe da „jednakost postupanja pri zapošljavanju ili samozapošljavanju […] uključuje uklanjanje svake diskriminacije koja proizlazi iz bilo koje odredbe koja *pojedincima sprečava pristup svim oblicima zapošljavanja i obavljanja zanimanja*”. Moje isticanje.

[17] Mišljenje nezavisnog odvjetnika J. Richarda de la Toura u predmetu HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, t. 37.)

[18] Presuda od 2. lipnja 2022., HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, t. 34.)

[19] Vidjeti u tom pogledu verziju Direktive 2000/78 na švedskom jeziku, u kojoj se u članku 1. upotrebljava izraz „profesionalni život” („*arbetslivet*”) za označavanje hrvatskog izraza „zapošljavanje i obavljanje zanimanja”, engleskog izraza „*employment and occupation*” ili formulacije na francuskom jeziku „*emploi et travail*”.

56. Ta važnost rada za pojedinačno samoispunjenje priznata je Poveljom Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja). Njezin članak 15. stavak 1. tako određuje da svatko ima pravo na rad i na obavljanje slobodno izabranog ili prihvaćenog zanimanja [20].

57. Stoga je cilj Direktive 2000/78 zaštititi od diskriminacije one koji rade, a njezin članak 3. stavak 1. točka (a) ima za cilj omogućiti pristup radu bez diskriminacije.

58. Kako treba razumjeti pojam „rad" kako bi se utvrdilo područje primjene Direktive 2000/78? Novija sudska praksa potvrdila je da područje primjene Direktive 2000/78 treba tumačiti široko [21] i da ono nije ograničeno samo na uvjete pristupa radnim mjestima koja obavljaju „radnici" u smislu članka 45. UFEU-a [22].

59. Stoga se, štiteći one koji rade, Direktiva 2000/78 ne odnosi samo na „radnike" u smislu prava o slobodnom kretanju ili sekundarnog zakonodavstva usvojenog na temelju članka 153. UFEU-a [23]. Premda Direktiva 2000/78 nadilazi „radnike" u smislu članka 45. UFEU-a, i oni su, naravno, njome obuhvaćeni [24].

60. Dvadeset i prvo stoljeće zahtijeva šire shvaćanje pojma osobe koja radi [25]. Danas je osoba koja radi netko tko ulaže vlastito vrijeme, znanje, vještine, energiju i često entuzijazam kako bi pružio uslugu ili stvorio proizvod za nekog drugog, a ne za sebe, i za to mu je (u pravilu) obećana naknada.

61. Cilj je Direktive 2000/78 osigurati pristup bez diskriminacije svakom radu koji se obavlja kao sredstvo zarađivanja za život, i to u svim različitim oblicima u kojima se rad može ponuditi. Ako se svrha Direktive 2000/78 tako shvati, ništa ne opravdava, kao što ću to objasniti u sljedećem dijelu, da se iz njezina područja primjene isključi samozapošljavanje koje se sastoji od isporuke robe ili pružanja usluga organiziranog u bilo kojem zakonito dostupnom obliku.

[20] Važnost rada za pojedinačno samoispunjenje naglašena je i u sudskoj praksi. U svojem mišljenju u predmetu Coleman (C-303/06, EU:C:2008:61, t. 11.) nezavisni odvjetnik M. Poiares Maduro smatrao je da „pristup zapošljavanju i profesionalni razvoj imaju bitan značaj za svakog pojedinca, ne samo kao način osiguravanja materijalne egzistencije nego i kao način samoispunjenja i ostvarenja vlastitog potencijala". Isti taj citat, kao važan za shvaćanje područja primjene Direktive 2000/78, ponovila je i nezavisna odvjetnica E. Sharpston u svojem mišljenju u predmetu Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2019:922, t. 44.).

[21] Presuda od 23. travnja 2020., Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, t. 39.) (u daljnjem tekstu: presuda LGBTI). Vidjeti također mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u tom predmetu (C-507/18, EU:C:2019:922, t. 42.). Sud je u presudi HK ponovio da pojmove „zapošljavanje", „samozapošljavanje" i „obavljanje zanimanja" treba tumačiti široko, s obzirom na to da iz usporedbe različitih jezičnih verzija članka 3. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/78 proizlazi da mnogi jezici upotrebljavaju opće izraze. Presuda od 2. lipnja 2022., HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, t. 27.)

[22] Presuda od 2. lipnja 2022., HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, t. 29.). Vidjeti također točku 28. iste presude, u kojoj je Sud istaknuo: „stoga, pored činjenice da se navedena odredba izričito odnosi na samozapošljavanje, iz izraza ‚zapošljavanje' i ‚obavljanje zanimanja', shvaćenih u njihovu uobičajenom značenju, proizlazi da zakonodavac Unije nije namjeravao ograničiti područje primjene Direktive 2000/78 na radna mjesta na kojima je ‚radnik' u smislu članka 45. UFEU-a".

[23] O razvoju pojma „radnik" u pravu unutarnjeg tržišta i u sekundarnom radnom pravu Unije u sudskoj praksi Suda vidjeti Countouris, N., „The Concept of ‚Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope", *Industrial Law Journal*, 2018., str. 192.-225. i Goldner Lang, I., „Sloboda kretanja radnika", u Ćapeta, T. i Goldner Lang, I. (ur.), *Pravo unutarnjeg tržišta Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2021., str. 77.-110.

[24] Vidjeti u tom pogledu mišljenje nezavisnog odvjetnika J. Richarda de la Toura u predmetu HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, t. 35.).

[25] Vidjeti u tom pogledu Supiot, A., „Homo faber: continuités et ruptures", u Supiot, A. (ur.), *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT*, éditions de l'Atelier, Pariz, 2019., str. 15.-41.

b) Raznolikost rada i razlozi zbog kojih se isporuka robe ili pružanje usluga ne može isključiti iz Direktive 2000/78

62. Rad se odnosi i na djelatnost i na rezultat te djelatnosti [26]. Za primjenu protudiskriminacijskog prava u području „zapošljavanja i obavljanja zanimanja" nije bitno predaje li radnik rezultat svojeg rada primatelju unaprijed, kao što je to slučaj u klasičnom radnom odnosu, ili ga naknadno nudi primatelju kao robu ili uslugu. U oba ta slučaja radnik zarađuje za život i sudjeluje u društvu ulaganjem vlastitog rada.

63. Isti se rad može obavljati u više oblika, premda je tradicionalno zapošljavanje, shvaćeno kao rad u punom radnom vremenu, na neodređeno vrijeme i u okviru podređenog i dvostranog radnog odnosa [27], i dalje najuobičajeniji model. Međutim, povećali su se nestandardni oblici rada [28], uzrokujući fragmentaciju na tržištu rada [29] i namećući nove regulatorne izazove [30].

64. Osoba može zarađivati za život tako da radi samo za jednog ili za više „poslodavaca"; u duljim ili kraćim razdobljima; u nepunom radnom vremenu ili samo sezonski; na jednom ili na različitim mjestima; služeći se svojim ili nečijim tuđim radnim sredstvima. Isto tako, rad se može ugovoriti za određeno vrijeme (primjerice, 20 sati mjesečno) ili za određeni zadatak koji treba obaviti (primjerice, okrečiti šest zidova u bijelo) [31].

65. Stoga osoba na različite načine može izvršavati isti rad. To također znači da se isti rad može izvršavati u različitim pravnim okvirima. Dostupan pravni okvir koji se primjenjuje na određenu vrstu rada može se razlikovati među državama članicama.

66. Stoga ti različiti pravni okviri ne bi trebali biti relevantni za primjenu Direktive 2000/78. Ono što je važno za njezinu primjenu jest to da se osoba bavi *vlastitim radom*, neovisno o pravnom obliku u okviru kojeg se rad pruža.

67. Pojam „vlastiti rad" razvijen je u području radnog prava kao odgovor na fragmentaciju rada, koja je dovela do toga da se mnogi pojedinci isključe iz zaštite na temelju radnog prava jer nisu obuhvaćeni uobičajenim poimanjem zaposlenika [32]. Tako je kao kriterij za određivanje koji radnici imaju, a koji nemaju pravo na radna prava predložen vlastiti rad.

[26] Vidjeti u tom smislu također Supiot, A., „Homo faber: continuités et ruptures", u Supiot, A. (ur.), *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT*, éditions de l'Atelier, Pariz, 2019., str. 15.-41., na str. 17.; Dujarier, M.-A., *Troubles dans le travail, Sociologie d'une catégorie de pensée*, PUF, Pariz, 2021., str. 365.-366.

[27] Tako je „standardni radni odnos" opisan u studiji ILO-a o nestandardnim oblicima rada. Vidjeti *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, ILO, Ženeva, 2016., str. 7. Vidjeti također zemljovid na 52. stranici te studije.

[28] *Ibid.*

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

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

[31] Collins objašnjava da se vlastiti rad može temeljiti na ugovoru o radu tijekom određenog vremena ili na ugovoru za izvođenje određenog zadatka. S gospodarskog gledišta, mogli bi postojati različiti razlozi, uglavnom povezani s podjelom rizika, zbog kojih može biti dogovorena određena vrsta rada. Vidjeti u tom pogledu Collins, H., „Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment", *Oxford Journal of Legal Studies*, sv. 10. (3), 1990., str. 362.

[32] O ideji vlastitog rada vidjeti, primjerice, Freedland, M. i Countouris, N., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, OUP, Oxford, 2011., str. 5. i 42.; Supiot, A. „Towards a European policy on work", u Freedland, M. i Countouris, N. (ur.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, CUP, Cambridge, 2013., str. 19.-35., na str. 35.; Countouris, N. i De Stefano, V., *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bruxelles, 2019., str. 64.

68. Međutim, pravnici koji se bave radnim pravom nastoje uključiti u njegovo područje primjene sve radnike koji osobno pružaju usluge, a isključiti one koji „stvarno vode poduzeće za svoj vlastiti račun” [33].

69. Prema mojem mišljenju, protudiskriminacijsko pravo Unije treba se temeljiti na još širem shvaćanju vlastitog rada, koje ne isključuje poduzeća [34] ako njihov vlasnik pruža vlastiti rad.

70. Razlog za to proizlazi iz različitih ciljeva protudiskriminacijskog zakonodavstva i radnog zakonodavstva.

71. Cilj je radnog prava (s člankom 153. UFEU-a kao pravnim temeljem u Uniji) zaštititi radnika od osobe kojoj isporučuje robu ili pruža usluge u slučaju da se u takvom poslovnom odnosu nalazi u podređenom i, prema tome, u slabijem položaju.

72. Direktiva 2000/78, donesena na pravnoj osnovi onoga što je danas članak 19. UFEU-a, ima drukčiji cilj [35]. Riječ je o sredstvu za stvaranje jednakih mogućnosti za svakoga da radi. Ta jednakost mogućnosti zahtijeva da pristup osobe radu ne bude ograničen, među ostalim, njegovom ili njezinom spolnom orijentacijom. Provedba Direktive 2000/78 stoga bi trebala dovesti do rezultata u kojem svaka osoba ili trgovačko društvo koje želi steći rad postane „slijepo” na značajke mogućeg pružatelja rada u vezi s kojima je zabranjena diskriminacija, uključujući njegovu ili njezinu spolnu orijentaciju.

73. Zbog toga se isporuka robe i pružanje usluga kao oblik vlastitog rada ne mogu isključiti iz područja primjene Direktive 2000/78.

74. Na jednom primjeru objasnit ću na što mislim. Žena posjeduje računalne vještine i, primjerice, može napraviti računalni program koji se koristi algoritmima za strojno učenje. Prva mogućnost koja pada na pamet kako bi ona mogla obaviti rad za koji je sposobna jest na temelju ugovora o radu u punom radnom vremenu u trgovačkom društvu za razvoj softvera.

75. Međutim, ona bi mogla biti nezadovoljna radom samo za jedno društvo te bi mogla odlučiti ponuditi isti rad kao samozaposleni radnik nekoliko trgovačkih društava. Ona može, primjerice, pokušati uspostaviti trajni odnos s trgovačkim društvom kako bi bila sigurna da će redovito dobivati naknadu. To se može ostvariti na temelju ugovora o isporuci određene robe i pružanju usluga (primjerice, osmišljavanje algoritama za strojno učenje izrađenih po mjeri, održavanje računalnog programa trgovačkog društva i poučavanje njegova osoblja kako se njime koristiti). Takav bi se ugovor mogao sklopiti na određeno vrijeme, recimo na godinu dana, te se može svake godine obnoviti. Istodobno će ta osoba pokušati pronaći druga društva koja bi mogla imati potrebu za njezinim radom. S tim drugim društvima ili pojedincima ona može zaključiti samo pojedinačni ugovor o razvoju algoritama za strojno učenje koji su im potrebni.

[33] Takvu su definiciju osobnog radnog odnosa predložili N. Countouris i V. De Stefano u *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bruxelles, 2019., str. 65. „Ideja o ‚osobnom radnom odnosu' može poslužiti za određivanje osobnog područja primjene radnog prava koje se primjenjuje na svaku osobu koju je netko drugi angažirao radi obavljanja posla, osim ako ta osoba stvarno vodi poduzeće za svoj vlastiti račun.”

[34] Vidjeti također u tom smislu Barnard, C., koji objašnjava da također postoje i oni koji tvrde da upućivanje na pojam „samozapošljavanje” u području prava jednakosti uključuje čak i neovisne samozaposlene (poduzetnike). U: *EU Employment Law*, OUP, Oxford, 2012., 4. izdanje, str. 348.

[35] U presudi od 2. lipnja 2022., HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, t. 34.) Sud je utvrdio: „kao što je to nezavisni odvjetnik istaknuo u točki 37. svojeg mišljenja, Direktiva 2000/78 nije akt sekundarnog prava Unije kao što su to, među ostalim, oni koji se temelje na članku 153. stavku 2. UFEU-a, kojima se nastoji zaštititi radnika kao slabiju stranu u radnom odnosu […]”.

76. Stoga bi, kao samozaposleni pojedinac, ona bila u više vrsta ugovornih odnosa. Prvoj vrsti, koja se temelji na ugovoru o pružanju usluga koje nudi tijekom određenog broja sati mjesečno ili godišnje, i drugim vrstama, koje se temelje na ugovorima o isporuci konačnog proizvoda, to jest računalnog programa prilagođenog potrebama određenog klijenta. Sav rad, kako je opisan, može se temeljiti na ugovorima o isporuci robe ili pružanju usluga koji su pojedinačno sklopljeni s predmetnom računalnom stručnjakinjom. Međutim, ista računalna stručnjakinja može također odlučiti osnovati vlastito društvo i prodavati svoj rad putem tog društva.

77. Primjerice, u nekim bi državama članicama uzastopni ugovori o pružanju usluga s istim društvom mogli biti zabranjeni. To bi čak moglo biti posljedica provedbe radnopravnog zakonodavstva Unije čiji je cilj jamčiti radnicima sigurnije ugovore o radu na neodređeno vrijeme [36]. Međutim, naša računalna stručnjakinja ne želi biti zaposlena. Društvo za koje radi na temelju uzastopnih ugovora o pružanju usluga u trajanju od godinu dana također nije zainteresirano zaposliti je, ali, s druge strane, želi nastaviti surađivati s njom. U takvoj situaciji naša računalna stručnjakinja može odlučiti osnovati vlastito društvo. Ona bi tako mogla nastaviti nuditi svoj rad tom istom društvu posredstvom vlastitog društva a da pritom ne aktivira zakonodavstvo kojim se zabranjuje sklapanje uzastopnih ugovora ograničena trajanja o pružanju usluga.

78. U svim varijantama opisanima u navedenom primjeru računalna stručnjakinja obavljala je istu vrstu posla, a društva ili pojedinci s kojima je ušla u ugovorni odnos zadovoljili su svoju potrebu za tim poslom.

79. Međutim, postoje argumenti prema kojima ugovor sklopljen s njom kao osobom doista jest oblik samozapošljavanja, dok to nije slučaj s ugovorom sklopljenim s njezinim društvom jer se radi o isporuci robe ili pružanju usluga. U prvom slučaju mogući „poslodavac” kupuje njezin „rad”, a u drugom slučaju njezinu „robu” ili „usluge”.

80. Postoji li doista razlika u svjetlu Direktive 2000/78, kojom se želi zaštititi pravo ljudi da se uključe u društvo i vlastitim radom zarađuju za život? Odbijanje trgovačkog društva da sklopi ugovor s našom zamišljenom računalnom stručnjakinjom zbog njezine homoseksualne orijentacije (ili određene vjere ili zato što je prestara ili premlada) ili zbog toga što ima neku drugu značajku koja ni na koji način ne utječe na njezinu sposobnost da izradi program za strojno učenje sprečava njezin pristup tom konkretnom poslu i stoga ograničava njezin pristup radu.

81. Nije teško prihvatiti da takva diskriminacija ne bi trebala biti dopuštena ako bi ona bila u potrazi za tradicionalnim zapošljavanjem. Zašto to onda ne bi trebalo vrijediti i u svim drugim slučajevima u kojima je nudila svoj rad na temelju ugovora o isporuci robe ili pružanju usluga sklopljenih s njom kao osobom ili pak na temelju ugovora o isporuci robe ili pružanju usluga sklopljenih s njezinim društvom, ali kojima joj je omogućen vlastiti rad?

82. U biti nema razlike, ni sa stajališta osobe koja pruža rad, ni sa stajališta društva koje nabavlja njezin vlastiti rad. Ona obavlja neki rad koji je nekom drugom potreban. Čini mi se da isključivanje nekih od tih situacija iz područja primjene Direktive 2000/78 – čiji je cilj omogućiti

[36] Članak 5. Okvirnog sporazum o radu na određeno vrijeme, zaključenog 18. ožujka 1999., koji je priložen Direktivi Vijeća 1999/70/EZ od 28. lipnja 1999. o Okvirnom sporazumu o radu na određeno vrijeme koji su sklopili ETUC, UNICE i CEEP (SL 1999., L 175, str. 43.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 4., str. 228.)

nediskriminirajući pristup mogućnosti osiguranja životne egzistencije i sposobnosti pridonošenja društvu putem rada, bez obzira na pravni oblik u kojem se pruža [37] – ne bi bilo u skladu s ciljevima te direktive.

83. Za primjenu protudiskriminacijskog prava nije bitno je li osoba koja pruža rad istodobno poduzetnik i stoga se nalazi u horizontalnom, a ne u podređenom položaju u odnosu prema mogućem „poslodavcu” [38]. Konačno, u nekim pravnim sustavima, barem za određene profesije, samozaposleni radnici dužni su se registrirati kao poduzetnik ili su barem uobičajeno tako organizirani.

84. Jedan su od takvih primjera trgovački zastupnici. Odnosi između trgovačkih zastupnika i njihovih nalogodavaca su odnosi između dvaju poduzetnika. Međutim, u većini slučajeva trgovački zastupnici samozaposleni su pojedinci koji su istodobno jedini vlasnici obrta ili malih i srednjih poduzeća (MSP) [39]. Može li potencijalni nalogodavac odbiti sklopiti ugovor s trgovačkim zastupnikom samo zbog njegove ili njezine određene spolne orijentacije? Ne bi li takvo odbijanje bilo obuhvaćeno Direktivom 2000/78?

85. Naposljetku, ako bi osobna isporuka robe i pružanje usluga bili isključeni iz područja primjene Direktive 2000/78, to bi omogućilo društvima ili pojedincima kojima je potreban određeni rad da zaobiđu zabranu diskriminacije tako što bi odlučili „kupiti” robu ili usluge, umjesto da zapošljavaju pružatelja usluga. To bi, kao što to tvrde J. K. i Komisija, bilo suprotno korisnom učinku te direktive.

86. Ako treba zabraniti diskriminaciju na određenim temeljima u pogledu pristupa radu, onda se isporuka robe i pružanje usluga ne mogu isključiti iz pojma samozapošljavanja iz članka 3. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/78, pod uvjetom da pružatelj nudi vlastiti rad kako bi zaradio za život.

87. Kao što to proizlazi iz okolnosti ovog slučaja, društvo TP imalo je potrebu za uslugama montažera. Ta je televizijska postaja zbog nepoznatih razloga (možda je tako bilo jeftinije) smatrala da je bolje kupiti montažerske usluge od neovisnog izvođača, nego da nekoga zaposli. Za neku drugu televizijsku postaju ta je računica mogla biti drukčija, moglo je biti jeftinije, ili smatrano manje rizičnim, zaposliti montažera u nepunom ili u punom radnom vremenu. Ne vidim nijedno valjano opravdanje zbog kojeg bi Direktivu 2000/78 trebalo tumačiti tako da se njome televizijskoj postaji zabranjuje da uzima u obzir spolnu orijentaciju kad zapošljava montažera, no ne i kad ugovara njegove ili njezine usluge, izravno ili putem njegova ili njezina društva. I s gledišta televizijske postaje i s gledišta montažera situacija je u osnovi jednaka: TV postaja stječe montažerske usluge koje su joj potrebne, a montažer nudi vlastiti rad.

Međuzaključak

88. Pojam „samozapošljavanje” u smislu Direktive 2000/78 obuhvaća isporuku roba i pružanje usluga kada se isporučitelj ili pružatelj bavi vlastitim radom. U takvoj situaciji mogući primatelj robe ili usluga ne može odbiti potpisati ugovor na temelju spolne orijentacije isporučitelja ili pružatelja.

[37] Vidjeti točku 54. ovog mišljenja i ondje navedenu sudsku praksu.

[38] To ne znači da u drugim područjima prava Unije, primjerice u pravu tržišnog natjecanja, ta činjenica nema ulogu. Vidjeti u tom pogledu presudu od 4. prosinca 2014., FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411).

[39] Vidjeti, primjerice, Radni dokument službi Komisije, Evaluacija Direktive 86/653 (Evaluacija REFIT), SWD(2015) 146 *final*, 16. srpnja 2015.

2. Je li sklapanje pojedinačnog ugovora „uvjet za pristup […] samozapošljavanju" u smislu članka 3. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/78?

89. Poljska vlada tvrdi da odbijanje sklapanja pojedinačnog ugovora o pružanju usluga ne potpada pod pojam „uvjet za pristup […] samozapošljavanju" u smislu članka 3. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/78. Prema njezinu mišljenju, pojam „uvjet za pristup […] samozapošljavanju" odnosi se samo na opće uvjete za obavljanje određenih zanimanja. To se pravilo, kao što je to poljska vlada objasnila na raspravi, odnosi samo na regulirane profesije. U ovom slučaju nijedno pravilo javnog prava ne sprečava osobu J. K. da nudi svoje usluge montaže. Stoga ne postoji nikakva zapreka za pristup obavljanju tog zanimanja. Pojedinačna odluka mogućeg primatelja usluge stoga nije „uvjet za pristup […] samozapošljavanju". Takva odluka prije potpada pod slobodu osobe da odabere s kime će sklopiti ugovor.

90. J. K., belgijska, nizozemska i portugalska vlada te Europska komisija smatraju da se članak 3. stavak 1. točka (a) Direktive 2000/78 primjenjuje na odbijanje sklapanja ugovora sa samozaposlenim radnikom na temelju njegove spolne orijentacije.

91. Sud je u presudi LGBTI [40], predmetu koji se također odnosio na diskriminaciju na temelju spolne orijentacije, imao priliku pojasniti pojam „uvjeti za pristup zapošljavanju" iz članka 3. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/78. Sud je najprije objasnio da taj pojam treba tumačiti u skladu s njegovim uobičajenim značenjem u svakodnevnom jeziku, uzimajući u obzir kontekst u kojem se koristi i ciljeve kojima teži propis kojeg je dio [41]. U tom je pogledu zaključio da se uvjeti za pristup odnose na „okolnosti ili činjenice čije postojanje mora obvezno biti utvrđeno kako bi osoba mogla dobiti određeno zaposlenje ili obavljati određeno zanimanje" [42].

92. Iako se Sud u presudi LGBTI pozvao samo na pristup zapošljavanju, isto vrijedi i za pojam „uvjeti za pristup […] samozapošljavanju", s obzirom na to da se članak 3. stavak 1. točka (a) Direktive 2000/78 istodobno odnosi na zapošljavanje, samozapošljavanje i obavljanje zanimanja. Stoga uvjeti za pristup samozapošljavanju obuhvaćaju okolnosti ili činjenice koje moraju postojati kako bi osoba mogla dobiti određeni posao kao samozaposleni radnik.

93. Samozaposleni radnik dobiva posao sklapanjem ugovora o pružanju usluga ili sličnog građanskopravnog ugovora. Ako mogući primatelj usluga samozaposlenog radnika uvjetuje pristup poslu inzistirajući na tome da osoba koja ga pruža nije homoseksualac, očito je da osoba te spolne orijentacije ne može dobiti taj određeni posao.

94. Stoga, ako je u situaciji uobičajenog zapošljavanja odbijanje sklapanja ugovora o radu s osobom zbog njegove ili njezine spolne orijentacije zabranjeno člankom 3. stavkom 1. točkom (a) Direktive 2000/78, odbijanje sklapanja ugovora o pružanju usluga ili sličnog ugovora sa samozaposlenim radnikom zbog njegove ili njezine spolne orijentacije mora također biti zabranjeno tom odredbom, koja se odnosi i na zapošljavanje i na samozapošljavanje.

95. Naposljetku, željela bih razmotriti dodatno pitanje o kojem se raspravljalo na raspravi. Bi li se članak 3. stavak 1. točka (a) Direktive 2000/78 primjenjivao čak i u mogućem slučaju u kojem samozaposleni radnik, poput osobe J. K., nije imao raniji dugotrajni poslovni odnos, nego se prvi put prijavio za posao te mu je sklapanje ugovora odbijeno zbog njegove ili njezine spolne orijentacije? Drugim riječima, čini li kontinuitet rada neku razliku?

[40] Točka 39.

[41] Presuda LGBTI, točka 32.

[42] Presuda LGBTI, točka 33.

96. J. K. i Komisija smatraju da to što se netko prvi put prijavio ne čini nikakvu razliku. Poljska vlada ostala je pri svojem stajalištu prema kojem takve pojedinačne odluke nisu obuhvaćene pojmom „uvjeti za pristup […] samozapošljavanju”.

97. Slažem se s osobom J. K. i Komisijom. Situacija koja je obuhvaćena točkom (a) jest pristup radu. Raniji poslovni odnosi nemaju nikakve veze s prijavom za posao te s time hoće li ugovor biti sklopljen. Drugim riječima, odbijanje sklapanja ugovora o kojem je riječ u glavnom postupku obuhvaćeno je člankom 3. stavkom 1. točkom (a) Direktive 2000/78 ne zato što je J. K. već imao prijašnje ugovore s društvom TP, nego zato što mu je odbijen pristup novom radu, time što je društvo TP s njime odbilo sklopiti novi ugovor.

Međuzaključak

98. Odbijanje sklapanja pojedinačnog ugovora o pružanju usluga sa samozaposlenim radnikom koje se temelji na spolnoj orijentaciji te osobe obuhvaćeno je izrazom „uvjeti za pristup […] samozapošljavanju” iz članka 3. stavka 1. točke (a) Direktive 2000/78.

B. Primjenjivost članka 3. stavka 1. točke (c) Direktive 2000/78

99. U posebnim okolnostima ovog slučaja odbijanje sklapanja ugovora s osobom J. K. ne samo da sprečava njegov pristup novom poslu nego time također samo zbog njegove spolne orijentacije prestaje njegov sedmogodišnji poslovni odnos s društvom TP. Stoga smatram da je u ovom slučaju primjenjiv i članak 3. stavak 1. točka (c) Direktive 2000/78.

100. Poljska vlada tvrdila je da se članak 3. stavak 1. točka (c) Direktive 2000/78 ne može primijeniti jer, s jedne strane, samozapošljavanje nije izričito navedeno u toj odredbi i, s druge strane, samozaposleni radnici ni u kojem slučaju ne mogu dobiti „otkaz”.

101. Prema mojem mišljenju, članak 3. stavak 1. točka (c) Direktive 2000/78 dopunjuje njegovu točku (a). Dok se potonja primjenjuje na pristup zapošljavanju, točka (c) primjenjuje se na radne uvjete, uključujući prestanak rada. Nepostojanje upućivanja na samozapošljavanje u točki (c) stoga se mora pripisati nejasnom zakonodavnom izričaju, a ne zakonodavčevoj namjeri da isključi samozaposlene radnike. Naime, dok se točka (a) članka 3. stavka 1. odnosi i na osobno i na materijalno područje primjene Direktive 2000/78, točka (c) odnosi se samo na njezino materijalno područje primjene.

102. Usto, točno je da samozaposleni radnici ne mogu dobiti otkaz ako se riječ otkaz upotrebljava samo u odnosu na zapošljavanje. No to je nebitno. U članku 3. stavku 1. točki (c) Direktive 2000/78 otkazi se navode kao primjer onoga što se podrazumijeva pod pojmom „zapošljavanje i uvjeti rada”. Ta se odredba primjenjuje na sve uvjete rada i na njegov prestanak[43].

[43] Dodatno, željela bih istaknuti da je Sud u različitim kontekstima u vezi sa slobodnim kretanjem i pravima građana na temelju Direktive 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji slobodno se kretati i boraviti na državnom području država članica, o izmjeni Uredbe (EEZ) br. 1612/68 i stavljaju izvan snage direktiva 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ (SL 2004., L 158, str. 77.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 2., str. 42. i ispravak SL 2016., L 87, str. 36.) već priznao da se nesvojevoljan prestanak rada samozaposlenog radnika može izjednačiti s otkazom zaposlenom radniku. Vidjeti presude od 20. prosinca 2017., Gusa (C-442/16, EU:C:2017:1004, t. 43.) i od 11. travnja 2019., Tarola (C-483/17, EU:C:2019:309, t. 48.).

Međuzaključak

103. Situacija poput one u ovom slučaju, u kojoj je samozaposleni radnik već uspostavio poslovne odnose s primateljem usluga, a koji je odbio sklopiti novi ugovor isključivo zbog njegove ili njezine spolne orijentacije, obuhvaćena je područjem primjene članka 3. stavka 1. točke (c) Direktive 2000/78.

C. Može li se pozivati na slobodu ugovaranja kako bi se opravdala diskriminacija na temelju spolne orijentacije?

104. Još jedno pitanje, koje implicitno proizlazi iz zahtjeva za prethodnu odluku, jest može li se društvo TP pozvati na slobodu ugovaranja, u smislu slobode izbora ugovorne strane kako je određena u članku 5. točki 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti, kao opravdanje za isključivanje primjene Direktive 2000/78.

105. Direktiva 2000/78 u članku 2. stavku 5. predviđa da nacionalne mjere iznimno mogu isključiti njezinu primjenu ako su, među ostalim, potrebne radi zaštite prava i sloboda drugih ljudi. Sud je pojasnio da tu odredbu, kao iznimku od načela zabrane diskriminacije, treba usko tumačiti [44].

106. Može li se članak 5. točka 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti shvatiti kao mjera potrebna za zaštitu sloboda drugih ljudi u demokratskom društvu, u smislu članka 2. stavka 5. Direktive 2000/78?

107. Članak 5. točka 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti jamči slobodu izbora ugovorne strane. U skladu s tom odredbom, ta sloboda može biti ograničena kako bi se spriječila diskriminacija na temelju spola, rase, etničkog podrijetla ili nacionalnosti. Međutim, ograničenje slobode ugovaranja nije predviđeno u situaciji u kojoj izbor dovodi do diskriminacije na temelju spolne orijentacije. Stoga je donošenje odluke o sklapanju ugovora na temelju spolne orijentacije moguće ugovorne strane dopušteno na temelju tog zakona.

108. U skladu s člankom 2. stavkom 5. Direktive 2000/78, nacionalna odredba koja dopušta diskriminaciju na temelju spolne orijentacije nije protivna toj direktivi ako je potrebna kako bi se omogućila sloboda ugovaranja.

109. Na početku, a prije nego što se upustim u bilo koji oblik provjere proporcionalnosti, moram izraziti teškoću koju imam kada o tom pitanju pokušavam razmišljati u smislu odvagivanja. Naime, može li dopuštanje diskriminacije na osnovi bilo kojeg od zabranjenih temelja uopće biti dio slobode ugovaranja u društvu koje se temelji na jednakosti kao vrijednosti koju poštuje [45]?

[44] Vidjeti u tom pogledu presudu od 13. rujna 2011., Prigge i dr. (C-447/09, EU:C:2011:573, t. 56.).

[45] U nedavnim presudama Sud je, zasjedajući u punom sastavu, pojasnio da vrijednosti navedene u članku 2. UEU-a, uključujući jednakost, čine sastavni dio samog identiteta Europske unije (presude od 16. veljače 2022., Mađarska/Parlament i Vijeće, C-156/21, EU:C:2022:97, t. 232. i od 16. veljače 2022., Poljska/Parlament i Vijeće, C-157/21, EU:C:2022:98, t. 264.). Sam cilj Direktive 2000/78 jest ostvariti jednakost u stvarnosti, provedbom zabrane diskriminacije, kako je izražena u članku 21. Povelje. Još od presude od 8. travnja 1976., Defrenne (43/75, EU:C:1976:56) jednakost predstavlja društveni model koji Europska unija nastoji ostvariti. McCrudden, primjerice, objašnjava da je načelo jednakog postupanja, kada se jednakost shvaća kao pojam pravne zaštite, osobito važno za dokazivanje da ciljevi Europske unije nadilaze gospodarske ciljeve i da se proširuju na zaštitu europskog socijalnog modela. Vidjeti McCrudden, C., „The New Concept of Equality", *ERA*, 2003., str. 18. Vidjeti također Waddington, L., „Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination", *Industrial Law Journal*, 1999., str. 133.-151., na str. 134., koji je smatrao da uključivanje članka 13. UEZ-a u Ugovor nije ponajprije nadahnuto nastojanjem da se bori protiv diskriminacije iz gospodarskih razloga, već „približavanjem Europe građanima".

110. Ako se može prihvatiti da je sloboda ugovaranja ograničena zabranom diskriminacije na temeljima navedenima u Direktivi 2000/78, uobičajena analiza proporcionalnosti dovodi do zaključka da dopuštanje diskriminacije na temelju spolne orijentacije nije potrebno za zaštitu slobode ugovaranja u demokratskom društvu.

111. Kako bi se zaključilo da članak 5. točka 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti nije potreban u demokratskom društvu kako bi se zaštitila sloboda ugovaranja, dovoljno je istaknuti da ta odredba već zabranjuje diskriminaciju na temelju spola, rase ili etničkog podrijetla prilikom izbora suugovorne strane. To samo po sebi dokazuje da poljski zakonodavac slobodu da se diskriminira ne shvaća potrebnom kako bi se osigurala sloboda ugovaranja u demokratskom društvu.

112. Način odvagivanja dvaju temeljnih prava jest procjenjivanje je li jedno od njih neproporcionalno ograničeno. S obzirom na to da se na temelju članka 2. stavka 5. Direktive 2000/78 sloboda ugovaranja koristi kao opravdanje za odstupanje od te direktive, to, paradoksalno, zahtijeva suprotan smjer analize. Tako se postavlja pitanje je li Direktivom 2000/78 neproporcionalno ograničena sloboda ugovaranja. Ako se pokaže da to nije tako, dolazi se do zaključka da nacionalni zakon koji štiti slobodu koja se koristi kao opravdanje (sloboda ugovaranja) nije potreban u demokratskom društvu [46].

113. Ako se primijeni na ovaj slučaj, ta se analiza provodi na sljedeći način. Polazišna je točka napomena da pravo na koje se poziva kao opravdanje, u ovom slučaju sloboda ugovaranja, nije apsolutno pravo [47]. Ono može biti ograničeno zakonom kako bi se postigli socijalno prihvatljivi ciljevi, pod uvjetom da se ne utječe na samu bit tog prava i da je ograničenje proporcionalno (prikladno i nužno) ciljevima koji se žele postići.

114. Zahtjev prema kojem ograničenje slobode ugovaranja mora biti sadržano u zakonu je ispunjen, s obzirom na to da je ono navedeno u direktivi Unije.

115. Kao drugo, cilj Direktive 2000/78 jest postići da jednakost u području „zapošljavanja i obavljanja zanimanja" postane stvarnost u svim državama članicama Unije. Ta direktiva također pridonosi ostvarivanju drugih ciljeva navedenih u Ugovorima. U skladu s njezinom uvodnom izjavom 11., „diskriminacija na temelju vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije može ugroziti ostvarivanje […] visoke razine zaposlenosti i socijalne zaštite, podizanje životnog standarda i kvalitete života, gospodarsku i društvenu koheziju i solidarnost te slobodno kretanje osoba". Stoga Direktiva 2000/78 ograničava slobodu ugovaranja radi postizanja jednakosti i drugih važnih ciljeva EU-a, koji su legitimni.

116. Kao treće, tom se direktivom sloboda izbora ugovornih strana ograničava samo isključivanjem mogućnosti da se takav izbor temelji na jednom od navedenih razloga. Ona ne sprečava poslodavce ili druge koji se nalaze u sličnoj situaciji da odaberu najprimjereniju osobu za

[46] Sud je slično odvagivanje između prava na nediskriminaciju, kako je predviđeno Direktivom 2000/78, i slobode izražavanja, kako je zaštićena člankom 11. Povelje, proveo u točkama 47. do 57. presude LGBTI. Odvagivanje između prava na nediskriminaciju, kako je predviđeno Direktivom 2000/78, i slobode udruživanja, kako je zaštićena člankom 12. Povelje, Sud je proveo u presudi od 2. lipnja 2022., HK/Danmark i HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, t. 41. do 47.).

[47] Valja istaknuti da je pravni poredak Unije također prepoznao slobodu ugovaranja kao jedno od temeljnih prava, kao dio slobode poduzetništva, zajamčene člankom 16. Povelje. Vidjeti u tom pogledu presudu od 21. prosinca 2021., Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, t. 79.). To znači, kao prvo, da je zakonodavac Unije prilikom donošenja zakonodavstva o zabrani diskriminacije dužan uzeti u obzir tu slobodu. Kao drugo, u smislu pravnog poretka Unije, sloboda ugovaranja nije apsolutna. Upravo suprotno, Sud je smatrao da sloboda poduzetništva, kako je predviđena u članku 16. Povelje, „može biti predmet širokog spektra intervencija javnih tijela koje mogu ograničiti obavljanje gospodarske djelatnosti u javnom interesu". Vidjeti u tom smislu presude od 22. siječnja 2013., Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 46.) i od 21. prosinca 2021., Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, t. 80. i 81.). U vezi s potonje navedenim vidjeti također 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. 167.-182.

posao. U tom pogledu, uvodna izjava 17. Direktive 2000/78 pojašnjava da se njome „ne zahtijeva zapošljavanje, unapređivanje, zadržavanje na radu ili usavršavanje osobe koja nije stručna, sposobna i raspoloživa za obavljanje osnovnih zadataka odgovarajućeg radnog mjesta […]”. To je, prema mojem mišljenju, bitan sadržaj slobode ugovaranja.

117. Odluka da se nekoga ne zaposli ili da mu se da otkaz može se temeljiti na različitim razlozima koji su relevantni za predmetno radno mjesto [48]. Stoga zabrana diskriminacije na navedenim temeljima kada se provodi izbor s kime će se sklopiti ugovor ne utječe na bitan sadržaj slobode ugovaranja.

118. Naposljetku, ako prihvatimo da je doista došlo do ograničenja slobode ugovaranja, dodatno treba dokazati da je takvo ograničenje prikladno i nužno za postizanje legitimnog cilja ili ciljeva Direktive 2000/78. Ograničit ću se na analizu proporcionalnosti u odnosu na cilj suzbijanja diskriminacije u području zapošljavanja i obavljanja zanimanja jer je to cilj koji je izravno povezan s pravnom osnovom na kojoj je ta direktiva donesena [49].

119. Isključujući mogućnost diskriminacije na zabranjenim temeljima i zahtijevajući, u svojem članku 17., da države članice predvide učinkovite i odvraćajuće sankcije prilikom njezina prenošenja, Direktiva 2000/78 odgovarajuće je sredstvo za borbu protiv diskriminacije jer se može očekivati da će to dovesti do postupnog smanjenja i, konačno, nestanka takvog ponašanja.

120. Društvo bez diskriminacije na zabranjenim temeljima u području zapošljavanja i obavljanja zanimanja može se postići samo ako nitko tko zahtijeva i traži rad druge osobe ne uzima u obzir značajke nabrojene u Direktivi 2000/78. Ako to nije tako, osobe koje imaju te značajke neće imati jednake prilike za pronalaženje posla. Prema tome, u društvu u kojem su te značajke i dalje relevantne, zabrana takvih izbora i odvraćanje od njih prikladnim sankcijama su minimum, nužan za postizanje tog cilja. Ne smatram da postoji manje ograničavajuća alternativa za postizanje cilja da područje zapošljavanja i obavljanja zanimanja bude bez diskriminacije.

121. Stoga, s obzirom na to da sloboda ugovaranja, koju članak 5. točka 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti nastoji zaštititi, nije neproporcionalno ograničena Direktivom 2000/78, ta se odredba ne može tumačiti kao potrebna za zaštitu slobode izbora ugovornih strana u demokratskom društvu.

Međuzaključak

122. Nacionalna odredba kao što je članak 5. točka 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti nije potrebna za zaštitu slobode izbora ugovorne strane u demokratskom društvu. Ta odredba stoga ne može opravdati isključenje primjene Direktive 2000/78 na temelju njezina članka 2. stavka 5.

[48] Vidjeti, primjerice, za slučaj trudne žene koja je dobila otkaz kao posljedica kolektivnog otkazivanja, presudu od 22. veljače 2018., Porras Guisado (C-103/16, EU:C:2018:99, t. 71.).

[49] Vidjeti točku 44. ovog mišljenja.

D. Obveze suda koji je uputio zahtjev u slučaju sukoba između pravila nacionalnog prava i Direktive 2000/78

123. S obzirom na to da članak 5. točka 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti nije potreban u demokratskom društvu, Direktiva 2000/78 i dalje je primjenjiva u ovom slučaju na odbijanje sklapanja ugovora sa samozaposlenim radnikom zbog njegove spolne orijentacije.

124. U svojem zahtjevu za prethodnu odluku sud koji ga je uputio objasnio je da se članak 5. točka 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti primjenjuje na situaciju u glavnom postupku [50].

125. To znači da je sud koji je uputio zahtjev suočen s dvjema suprotnim odredbama primjenjivima na predmet koji je pred njim u tijeku: prva, sadržana u Direktivi 2000/78, zabranjuje društvu TP da odbije sklopiti ugovor s osobom J. K. zbog njegove homoseksualne orijentacije; druga, sadržana u poljskom Zakonu o ravnopravnosti, omogućuje društvu TP da odbije sklopiti ugovor s osobom J. K. zbog njegove homoseksualne orijentacije.

126. U pravu Unije postoji pravilo koje se primjenjuje kada se pojavi takav sukob između dvaju pravila koja su oba primjenjiva na isti skup činjenica: nacionalni sud kada odlučuje o slučaju mora primijeniti pravilo Unije i izuzeti iz primjene pravilo nacionalnog prava [51]. Nadređenost prava Unije, dakle, rješava takav sukob pravila u korist pravnog pravila Unije.

127. Radi cjelovitosti, valja dodati da nadređenost funkcionira kao kolizijsko pravilo te nalaže neprimjenjivanje suprotnog nacionalnog pravila kada pravilo Unije ima izravan učinak [52].

128. Direktive imaju izravan učinak u vertikalnim situacijama [53]. S obzirom na to da je društvo TP javna televizijska postaja [54], u sudskoj praksi smatra se da takvu situaciju treba shvatiti kao vertikalnu u svrhu izravne primjene direktive [55]. J. K. se stoga u glavnom postupku može pozvati na Direktivu 2000/78 protiv društva TP.

129. Osim toga, relevantne odredbe Direktive 2000/78 (članak 3. stavak 1. točke (a) i (c)) bezuvjetne su i dovoljno precizne kako bi ih nacionalni sud mogao primijeniti [56]. Jasno je da subjekt kao što je J. K. (samozaposleni radnik) na osnovi tih odredbi ima pravo ne biti diskriminiran na temelju svoje spolne orijentacije kada se prijavljuje za novi posao ili za produljenje postojećeg poslovnog odnosa; isto je tako jasno da subjekt kao što je društvo TP, koje traži montažerske usluge, ne može odbiti sklapanje ugovora sa samozaposlenim radnikom samo zbog njegove ili njezine spolne orijentacije. Stoga je na temelju relevantnih odredbi Direktive

[50] Nadležnost za tumačenje nacionalnog prava isključivo je na nacionalnom sudu. Stoga se Sud u okviru prethodnog postupka mora osloniti na tumačenje nacionalnog prava suda koji je uputio zahtjev. Sud koji je uputio zahtjev objasnio je da smatra da je vrsta ugovora poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku obuhvaćena poljskim Zakonom o ravnopravnosti na temelju njegova članka 4. točke 2. i da se stoga također primjenjuje članak 5. točka 3. tog zakona.

[51] Presude od 9. ožujka 1978., Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, t. 21. do 23.) i od 22. veljače 2022., RS (Učinak presuda ustavnog suda) (C-430/21, EU:C:2022:99, t. 62. i 63.)

[52] Presuda od 24. lipnja 2019., Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, t. 60. do 64. i 68.)

[53] Presude od 5. travnja 1979., Ratti (148/78, EU:C:1979:110, t. 20. do 23.) i od 7. kolovoza 2018., Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, t. 45.)

[54] Njezin je vlasnik državna riznica. Valja istaknuti da društvo TP, tuženik u postupku pred sudom koji je uputio zahtjev, nije podnijelo pisana očitovanja niti je sudjelovalo na raspravi pred Sudom.

[55] Presude od 26. veljače 1986., Marshall (152/84, EU:C:1986:84, t. 46. do 49.) i od 10. listopada 2017., Farrell (C-413/15, EU:C:2017:745, t. 32. do 35.)

[56] Presude od 19. studenoga 1991., Francovich i dr. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428, t. 11. i 12.); od 24. siječnja 2012., Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, t. 33.); od 16. srpnja 2015., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, t. 48. i 49.) i od 8. ožujka 2022., Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Izravan učinak) (C-205/20, EU:C:2022:168, t. 17. do 19.)

2000/78 moguće zaključiti da je osobi J. K. dodijeljeno pravo; da društvo TP ima s time povezanu obvezu; te da sadržaj tog prava/te obveze podrazumijeva da je zabranjeno pozivanje na spolnu orijentaciju kao kriterij za sklapanje ugovora.

130. Posljedično, nacionalni sud ne može primijeniti članak 5. točku 3. poljskog Zakona o ravnopravnosti kako bi odlučio o predmetu koji je pred njim u tijeku. Također valja ponoviti da takva obveza nacionalnog suda ne ovisi o odluci nacionalnog zakonodavca da izmijeni nacionalno pravo kako bi ga uskladio s pravom Unije. To, međutim, ne isključuje usporednu obvezu nacionalnog zakonodavca da to učini.

Međuzaključak

131. Članak 3. stavak 1. točke (a) i (c) Direktive 2000/78 primjenjiv je na predmetni slučaj i ima izravan učinak. J. K. se stoga pred sudom koji je uputio zahtjev može pozvati na zabranu nametnutu društvu TP da odbije s njim kao samozaposlenim radnikom potpisati ugovor zbog njegove spolne orijentacije. Sud koji je uputio zahtjev stoga je dužan izuzeti iz primjene suprotnu nacionalnu odredbu.

V. Zaključak

132. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na pitanje koje je uputio Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Općinski sud u Varšavi, Poljska) odgovori kako slijedi:

Članak 3. stavak 1. točke (a) i (c) Direktive Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja

treba tumačiti na način da mu se

protivi nacionalni propis koji dopušta da se odbije sklopiti građanskopravni ugovor o pružanju usluga na temelju kojeg bi samozaposleni radnik trebao pružati vlastiti rad, ako se odbijanje temelji na spolnoj orijentaciji te osobe.