CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
T. ĆAPETA
van 8 september 2022 [1]

Zaak C-356/21

J.K.
tegen
TP S.A.,
in tegenwoordigheid van:
PTPA

[verzoek van de Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (rechter in eerste aanleg Warschau, Polen) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Gelijke behandeling in arbeid en beroep – Richtlijn 2000/78/EG – Artikel 3 – Verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid – Zelfstandige – Weigering om een overeenkomst te verlengen”

I. Inleiding

1. Na zeven jaar te hebben samengewerkt op grond van opeenvolgende kortlopende overeenkomsten weigerde TP, een publieke televisieomroep, een nieuwe overeenkomst voor redactiediensten met J.K. aan te gaan vanwege zijn seksuele geaardheid. [2]

2. Heeft J.K., een zelfstandige, krachtens richtlijn 2000/78 recht op bescherming tegen discriminatie op grond van zijn seksuele geaardheid?

3. De kernvraag die de Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (rechter in eerste aanleg Warschau, Polen) aan het Hof stelt, betreft de werkingssfeer van richtlijn 2000/78.

4. De andere vraag die in de prejudiciële verwijzing aan de orde wordt gesteld, heeft betrekking op het verband tussen het verbod van discriminatie en de contractvrijheid. De verwijzende rechter twijfelt of een bepaling van nationaal recht, die toestaat dat de seksuele geaardheid in aanmerking wordt genomen als criterium voor de keuze van een contractpartij, in overeenstemming is met richtlijn 2000/78.

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] De verwijzende rechter is er bij de onderhavige prejudiciële verwijzing vanuit gegaan dat het sluiten van de overeenkomst is geweigerd vanwege de seksuele geaardheid van J.K. Het staat aan die rechter om te beoordelen of er sprake was van discriminatie. Zie in dat verband overweging 15 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB 2000, L 303, blz. 16), en arrest van 25 april 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, punt 42). In deze conclusie zal ik dus ervan uitgaan dat er in de situatie die tot het geding heeft geleid, sprake is van directe discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

5. Artikel 1 van richtlijn 2000/78 (met als opschrift „Doel") bepaalt dat die richtlijn tot doel heeft „met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden".

6. Artikel 2 van die richtlijn (met als opschrift „Het begrip discriminatie") luidt:

„1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.

2. Voor de toepassing van lid 1 is er:

a) ‚directe discriminatie', wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden;

[…]

5. Deze richtlijn laat de nationale wettelijke bepalingen onverlet die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden."

7. Artikel 3 (met als opschrift „Werkingssfeer") bepaalt:

„1. Binnen de grenzen van de aan de [Europese Unie] verleende bevoegdheden, is deze richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot:

a) de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen;

[…]

c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;

[…]"

B. Pools recht

8. Volgens artikel 2, lid 1, van de Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów prawa Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (wet tot omzetting in nationaal recht van een aantal bepalingen van Unierecht inzake gelijke behandeling) van 3 december 2010 (Dz. U. 2020,

volgnr. 2156 – geconsolideerde versie; hierna: „Poolse wet inzake gelijke behandeling") is die „wet […] van toepassing op natuurlijke personen en rechtspersonen, alsmede op organisatorische eenheden die geen rechtspersonen zijn en waaraan de wet rechtsbevoegdheid toekent".

9. Artikel 4, lid 2, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling geeft meer in het bijzonder aan dat die wet van toepassing is op „de voorwaarden voor toegang tot en uitoefening van een economische of beroepsactiviteit, met name in het kader van een arbeidsverhouding of van een werk krachtens een civielrechtelijke overeenkomst".

10. Artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling bepaalt dat die wet niet van toepassing is op „de vrije keuze van een contractpartij, voor zover deze niet is gebaseerd op geslacht, ras, etnische afstamming of nationaliteit".

11. Artikel 8 van deze wet bepaalt:

„1. Elke vorm van discriminatie van natuurlijke personen op grond van geslacht, ras, etnische afstamming, nationaliteit, godsdienst, overtuiging, wereldbeschouwing, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid is verboden met betrekking tot:

[…]

2) de voorwaarden voor toegang tot of uitoefening van een economische of beroepsactiviteit, met name in het kader van een arbeidsverhouding of van een werk krachtens een civielrechtelijke overeenkomst.

[…]"

12. Artikel 13 van de Poolse wet inzake gelijke behandeling luidt:

„1. Eenieder die slachtoffer is van een schending van het beginsel van gelijke behandeling heeft recht op schadevergoeding.

2. In zaken betreffende schending van het beginsel van gelijke behandeling zijn de bepalingen van de [ustawa – Kodeks cywilny (burgerlijk wetboek) van 23 april 1964] […] van toepassing."

III. Hoofdgeding en prejudiciële vraag

13. Tussen 2010 en 2017 heeft J.K. een aantal opeenvolgende kortlopende overeenkomsten „op zelfstandige basis" gesloten met TP, een onderneming die een nationale openbare televisieomroep in Polen exploiteert, met als enige aandeelhouder het ministerie van Financiën.

14. In het kader van die overeenkomsten heeft J.K. materiaal ontwikkeld voor trailers of features, dat vervolgens werd gebruikt in het promotiemateriaal van de omroep. Hij heeft zijn werkzaamheden verricht binnen een interne organisatorische eenheid van de omroep, te weten de door W.S. geleide Redakcja Oprawy i Promocji Programu 1 (afdeling redactie en reclame van omroep 1). In het kader van de overeenkomsten die werden gesloten voor een bepaald werk heeft J.K. diensten van een week verricht, gedurende welke hij materiaal voor de promotieprogramma's

van de omroep heeft ontwikkeld. W.S., zijn directe leidinggevende, heeft diensten toegewezen aan J.K. en aan een andere journalist die dezelfde taken verrichtte, zodat deze elk maandelijks gedurende twee dienstperioden van een week werkten.

15. Vanaf augustus 2017 was binnen de onderneming van TP een reorganisatie ophanden, waarbij de werkzaamheden van J.K. moesten worden overgedragen aan een nieuw opgerichte eenheid, de Agencja Kreacji Oprawy i Reklamy (bureau voor grafisch ontwerp en reclame). Met het oog op de uitrol van de reorganisatie en de doorlichting van de groep medewerkers die naar het nieuwe bureau zouden overstappen, werden twee nieuwe werknemers aangesteld.

16. Tijdens bijeenkomsten die eind oktober en begin november 2017 werden gehouden in aanwezigheid van een van de nieuwe werknemers die met de reorganisatie waren belast, kreeg J.K. een positieve beoordeling en werd hij opgenomen in de lijst van medewerkers die de doorlichting met succes hadden doorstaan.

17. Op 20 november 2017 hebben J.K. en TP een overeenkomst voor een bepaald werk voor een periode van één maand gesloten.

18. Op 29 november 2017 heeft J.K. zijn werkschema voor december 2017 ontvangen. Daarin werd voorzien in twee dienstperioden van een week, beginnend op respectievelijk 7 en 21 december 2017.

19. Op 4 december 2017 heeft J.K. samen met zijn partner een videoclip voor een kerstliedje openbaargemaakt op hun YouTube-kanaal ter bevordering van de tolerantie voor homoseksuele relaties.

20. Twee dagen later, op 6 december 2017, heeft J.K. van TP een e-mail ontvangen waarbij zijn op 7 december 2017 beginnende dienstperiode werd geannuleerd.

21. Op 20 december 2017 is aan J.K. meegedeeld dat hij zich evenmin hoefde te melden voor de geplande dienstperiode beginnend op 21 december 2017. Hij heeft derhalve in december 2017 geen diensten verricht in het kader van de overeenkomst en hij werd evenmin betaald voor bedoelde overeengekomen diensten, zoals ter terechtzitting is gebleken.

22. Uiteindelijk werd er (voor januari 2018) geen nieuwe overeenkomst tussen J.K. en TP gesloten. De beslissing om de samenwerking met J.K. te beëindigen, werd volgens de verwijzingsbeslissing genomen door de personen die met de reorganisatie waren belast.

23. Bij verzoekschrift, neergelegd bij de verwijzende rechter, de Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, vordert J.K. betaling van 47 924,92 zloty (PLN) (ongeveer 10 130 EUR), vermeerderd met wettelijke vertragingsrente te berekenen vanaf de datum van indiening van het verzoekschrift tot de datum van de betaling. Een bedrag van 35 943,69 PLN (ongeveer 7 600 EUR) wordt gevorderd als schadevergoeding en een bedrag van 11 981,23 PLN (ongeveer 2 530 EUR) als vergoeding wegens schending van het beginsel van gelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid in de vorm van directe discriminatie met betrekking tot de voorwaarden voor toegang tot en uitoefening van economische activiteiten krachtens een civielrechtelijke overeenkomst.

24. Ter staving van zijn vordering betoogt J.K. dat hij slachtoffer is van directe discriminatie door TP op grond van zijn seksuele geaardheid. Hij stelt dat de annulering van de dienstperioden en de beëindiging van de samenwerking met TP waarschijnlijk het gevolg waren van de openbaarmaking van bovengenoemde videoclip voor een kerstliedje op YouTube.

25. Volgens TP moet de vordering worden afgewezen, omdat noch zijn gebruiken, noch de wet de verlenging van zakelijke overeenkomsten garanderen.

26. De verwijzende rechter legt uit dat het niet duidelijk is in hoeverre zelfstandigen onder de bescherming van richtlijn 2000/78 vallen. Tevens twijfelt hij over de verenigbaarheid, met die richtlijn, van artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling, dat volgens die rechter van toepassing is op de omstandigheden van het onderhavige geval.

27. Gelet daarop heeft de Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 3, lid 1, onder a) en c), van [richtlijn 2000/78] aldus worden uitgelegd dat de vrije keuze van een contractpartij, voor zover deze niet is gebaseerd op geslacht, ras, etnische afstamming of nationaliteit, van de werkingssfeer van deze richtlijn mag worden uitgesloten en dat bijgevolg tevens de toepassing van de sancties waarin het nationale recht krachtens artikel 17 [van deze richtlijn] voorziet, mag worden uitgesloten, wanneer de gestelde discriminatie bestaat in de weigering tot het sluiten van een civielrechtelijke overeenkomst volgens welke werk dient te worden verricht door een natuurlijke persoon als zelfstandige en deze weigering is gebaseerd op de seksuele geaardheid van de potentiële contractpartij?”

28. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door J.K., de Belgische, de Nederlandse, de Poolse en de Portugese regering, alsmede de Europese Commissie. Ter terechtzitting van 31 mei 2022 hebben J.K., de Poolse regering en de Commissie pleidooi gehouden.

IV. Analyse

29. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter mijns inziens in wezen te vernemen of hij verplicht is om artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling toe te passen wanneer hij oordeelt of TP aan J.K. een vergoeding dient te betalen wegens discriminatie op grond van diens seksuele geaardheid.

30. Volgens het Unierecht hangt dat af van de toepasselijkheid van richtlijn 2000/78. Indien J.K. zich erop kan beroepen dat artikel 3 van die richtlijn eraan in de weg staat dat TP zijn seksuele geaardheid in aanmerking neemt als reden om geen overeenkomst met hem te sluiten, zou de verwijzende rechter artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling terzijde moeten stellen bij zijn uitspraak in deze zaak.

31. Bijgevolg is de relevante vraag of de weigering om een overeenkomst te sluiten vanwege de seksuele geaardheid van een potentiële contractpartij onder de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt, en meer in het bijzonder, of een dergelijke overeenkomst een voorwaarde is „voor toegang tot arbeid […] als zelfstandige” als bedoeld in artikel 3, lid 1, onder a), van deze richtlijn.

32. Gelet op de specifieke kenmerken van de in geding zijnde situatie is artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2000/78 een relevante bepaling die ook van toepassing zou kunnen zijn.

33. Mijn analyse ziet er daarom als volgt uit. Eerst zal ik onderzoeken of artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78 betrekking heeft op situaties als die in het hoofdgeding (A). In dat verband zal ik uiteenzetten hoe het in die bepaling gehanteerde begrip „arbeid als zelfstandige" dient te worden opgevat, alsook of en hoe het moet worden onderscheiden van de levering van goederen en diensten. Vervolgens zal ik aantonen dat het sluiten van een individuele overeenkomst onder het begrip „voorwaarden voor toegang tot arbeid […] als zelfstandige" in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78 valt. In het volgende deel (B) zal ik kort nagaan of artikel 3, lid 1, onder c), van die richtlijn op deze zaak van toepassing is, omdat de verwijzende rechter die bepaling ook in zijn vraag heeft vermeld. Na te hebben vastgesteld dat beide bepalingen van toepassing zijn, zal ik onderzoeken of de toepassing van richtlijn 2000/78 kan worden uitgesloten op grond van de contractvrijheid, zoals in artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling ten uitvoer is gelegd (C) en, als dat niet het geval is, welke gevolgen daaraan dienen te worden verbonden voor artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling en welke verplichtingen op de verwijzende rechter rusten krachtens het Unierecht (D).

A. Toepasselijkheid van artikel 3, lid 1, onder a) van richtlijn 2000/78

34. Volgens artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78 is deze richtlijn van toepassing op „de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep".

35. Die bepaling verwijst dus uitdrukkelijk naar zelfstandigen. Geen enkele van de partijen bij de onderhavige procedure heeft betwist dat J.K. als een zelfstandige kan worden beschouwd. Waarom rijst dan überhaupt de vraag of die bepaling van toepassing is?

36. Ten eerste heeft het Hof het in richtlijn 2000/78 gehanteerde begrip „arbeid als zelfstandige" nog niet verduidelijkt, zoals de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing heeft opgemerkt. Aangezien die richtlijn geen verwijzing bevat naar het recht van de lidstaten, moet dat begrip worden uitgelegd als een autonoom Unierechtelijk begrip, waarvan de betekenis en de reikwijdte door het Hof moeten worden verduidelijkt.[3] Het Hof wordt derhalve daartoe in de gelegenheid gesteld door onderhavige prejudiciële verwijzing.

37. Ten tweede stelt de Poolse regering dat, zelfs als J.K. een zelfstandige is, het sluiten van een overeenkomst met een dergelijke persoon geen voorwaarde voor toegang tot arbeid als zelfstandige vormt.

38. Om die reden zal ik eerst uiteenzetten dat volgens mij het in richtlijn 2000/78 gehanteerde begrip „arbeid als zelfstandige" de levering van goederen en diensten omvat wanneer daarbij sprake is van persoonlijk werk dat de dienstverrichter heeft geïnvesteerd in dergelijke goederen of diensten. Daarna zal ik uitleggen dat voor een zelfstandige het sluiten van een overeenkomst met een persoon voor wie hij het persoonlijke werk zal verrichten, een voorwaarde is voor toegang tot arbeid als zelfstandige. Beide toelichtingen leiden samen tot de conclusie dat artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78 van toepassing is in een situatie als die in het hoofdgeding.

1. Begrip arbeid als zelfstandige in richtlijn 2000/78

39. Richtlijn 2000/78 geeft geen definitie van „arbeid als zelfstandige".

[3] Arrest van 25 juni 2020, A e.a. (Windturbines in Aalter en Nevele), (C-24/19, EU:C:2020:503, punt 75).

40. In de rechtsleer is erop gewezen dat het begrip „arbeid als zelfstandige" vaak wordt gebruikt als restcategorie: „een soort begripsmatige dumpplaats voor alle werkrelaties die niet binnen de (vaak vastomlijnde) categorie arbeid in ondergeschikt verband passen".[4] Bij een binaire onderverdeling van werkzaamheden verricht een werkende persoon dus arbeid ofwel in loondienst, ofwel als zelfstandige.[5]

41. Maar wat als iemands werkzaamheden ook als het leveren van goederen of diensten aan derden kunnen worden beschouwd? Een persoon die bijvoorbeeld tegen vergoeding iemands appartement schoonmaakt of tegen vergoeding een verjaardagstaart bakt, levert door zijn werkzaamheden een dienst (schoonmaken) of een goed (taart). Iemand die op die manier in zijn levensonderhoud voorziet, kan tegelijkertijd worden beschouwd als een zelfstandige en als iemand die goederen of diensten levert. Zowel zijn werkzaamheden als het eindproduct ervan worden "afgenomen" door de afnemers ervan.

42. Vallen die dienstverrichters in dat geval onder het in richtlijn 2000/78 gebruikte begrip „arbeid als zelfstandige"?

43. Alvorens verder te gaan, dien ik eerst uiteen te zetten waarom de vraag inzake de afbakening tussen het verrichten van arbeid als zelfstandige en het leveren van goederen en diensten eigenlijk rijst in het kader van richtlijn 2000/78.

44. Die richtlijn is een van de richtlijnen die zijn vastgesteld op grond van het huidige artikel 19 VWEU[6], dat de Europese Unie de bevoegdheid verleent om discriminatie te bestrijden. Richtlijn 2000/78 verbiedt discriminatie op verschillende gronden, waaronder seksuele geaardheid.[7] Die richtlijn mag discriminatie op die verboden gronden evenwel niet bestrijden in het algemeen[8], en doet dat evenmin. De Uniewetgever beperkte het „strijdtoneel" van die richtlijn tot „arbeid en beroep".[9]

45. Tegelijkertijd heeft de Uniewetgever al sinds 2008 een voorstel voor een andere richtlijn op de planken liggen.[10] Wanneer (en als) die richtlijn wordt vastgesteld[11], zal die zijn gericht op de bestrijding van discriminatie op dezelfde verboden gronden als die van richtlijn 2000/78 en op het omschreven gebied, onder meer dat van „de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten". Derhalve is het duidelijk dat de Uniewetgever (nog) geen regels heeft vastgesteld inzake „de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten" om discriminatie op grond van seksuele geaardheid te verbieden.

4 Countouris, N., en De Stefano, V., *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Brussel, 2019 blz. 34.

5 Countouris, N., en De Stefano, V., (ibidem), merken aldus op dat „indien een persoon geen ondergeschikte werknemer is, als zijn werkzaamheden niet onder het gezag of onder leiding van een werkgever worden verricht, als de werkzaamheden niet zijn geïntegreerd in een bedrijf of niet leiden tot specifieke bedrijfsrisico's, dan gaan de meeste rechtsstelsels er eenvoudigweg van uit dat diegene arbeid als zelfstandige verricht".

6 Toen richtlijn 2000/78 werd vastgesteld, was artikel 13 VEU de rechtsgrondslag ervan die in de verdragen was ingevoerd bij het Verdrag van Amsterdam.

7 Zoals is bepaald in artikel 1 van richtlijn 2000/78 verbiedt die richtlijn discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.

8 Op grond van artikel 19 VWEU is de Europese Unie enkel bevoegd om discriminatie te bestrijden binnen de grenzen van de door de Verdragen aan haar toegekende bevoegdheden.

9 Zie het opschrift van richtlijn 2000/78 en artikel 1 ervan.

10 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid [COM(2008) 426 definitief].

11 Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat vooral (i) de kosten om discriminatievrije toegang tot goederen en diensten voor personen met een handicap mogelijk te maken, en (ii) subsidiariteit zorgen voor vertraging bij de vaststelling van die richtlijn. Zie in dat verband, Raad van de Europese Unie, *Voortgangsverslag*, nr. 14046/21, 23 november 2021.

46. Kunnen aanbieders van goederen en diensten die het resultaat zijn van hun persoonlijke werk, niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 vallen doordat in dat wetsvoorstel de formulering „de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten" wordt gebruikt? Volgens mij is dat niet het geval.

47. Noch de betekenis van „arbeid en beroep" in richtlijn 2000/78, noch de betekenis van „de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten" in het voorstel voor de nieuwe richtlijn [12], wordt in de teksten ervan verder toegelicht. Bovendien heeft het Hof die uitdrukkingen nog niet omschreven, evenmin wat het gebruik ervan betreft in richtlijn 2000/43/EG [13], die – in tegenstelling tot richtlijn 2000/78 – ziet op zowel „arbeid en beroep" als „de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten" [14].

48. Het antwoord op de vraag of een persoon die zijn werkzaamheden aanbiedt door goederen en diensten te leveren, een zelfstandige is als bedoeld in artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78, hangt mijns inziens af van de uitlegging van het begrip „arbeid en beroep", aangezien dat begrip de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 beschrijft. Indien de levering van goederen en diensten als gevolg van persoonlijk werk als zelfstandige, onder dat begrip valt, sluit het gebruik van de bewoordingen „levering van goederen en diensten" in een wetsvoorstel (zonder vooruit te willen lopen op de uitlegging ervan) de toepasselijkheid van richtlijn 2000/78 op dergelijke zelfstandigen niet uit.

49. Wat wordt er aldus bedoeld (en wat wordt er niet bedoeld) met de formulering „arbeid en beroep"?

a) „Arbeid en beroep"

50. Volgens artikel 1 ervan, is het doel van richtlijn 2000/78 de bestrijding van discriminatie op de daarin opgesomde gronden met betrekking tot „arbeid en beroep".

51. De Uniewetgever heeft verder niet uitgelegd wat er met die begrippen wordt bedoeld. Verschillende overwegingen van richtlijn 2000/78 bieden evenwel enkele aanwijzingen. Overweging 4 van die richtlijn verwijst naar verdrag nr. 111 van de Internationale Arbeidsorganisatie, waarin diezelfde formulering wordt gebruikt. Dat verdrag verbiedt discriminatie op het terrein van arbeid en beroep, waaronder „alle werkenden" worden begrepen, met inbegrip van zelfstandigen. [15]

52. Overweging 9 van richtlijn 2000/78 zet uiteen dat „arbeid en beroep […] sleutelelementen [zijn] voor het waarborgen van gelijke kansen voor eenieder en […] een belangrijke bijdrage [leveren] aan het volledig deelnemen van burgers aan het economische, culturele en sociale leven, alsook aan hun persoonlijke ontplooiing".

[12] Zie voetnoot 10 hierboven.

[13] Richtlijn van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB 2000, L 180, blz. 22).

[14] Richtlijn 2000/43, die discriminatie op grond van ras en etnische afstamming verbiedt, werd ook vastgesteld op basis van het huidige artikel 19 VWEU op ongeveer hetzelfde moment als richtlijn 2000/78, waardoor het gebruik van de begrippen in die twee richtlijnen vergelijkbaar is.

[15] Zie in dat verband De Stefano, V., „Not as simple as it seems: The ILO and the personal scope of international labour standards", *International Labour Review*, 2021, blz. 387-406, blz. 399. Zie tevens Schubert, C., *Economically-dependent Workers as Part of a Decent Economy*, Beck/Hart/Nomos, 2022, blz. 237.

53. Deze twee overwegingen [16] lijken erop te wijzen dat richtlijn 2000/78 erop is gericht alle personen te beschermen die aan de samenleving deelnemen door werkzaamheden te verrichten.

54. In de rechtspraak is die uitlegging bevestigd. In zijn conclusie in de zaak HK heeft advocaat-generaal Richard de la Tour overwogen dat het „[d]oel van die richtlijn […] het wegnemen [is], om redenen van sociaal en algemeen belang, van alle op discriminatiegronden gebaseerde belemmeringen voor de toegang tot bestaansmiddelen en het vermogen om door arbeid een bijdrage te leveren aan de samenleving, ongeacht de rechtsvorm waarin die arbeid wordt verricht". [17] In zijn recente arrest in de zaak HK heeft het Hof die opvatting bekrachtigd. [18]

55. Ik ben het daar volledig mee eens. Het doel van richtlijn 2000/78 kan aldus worden uitgelegd dat ermee wordt beoogd om discriminatie op grond van onder meer seksuele geaardheid in het beroepsleven van een persoon te verbieden. [19] Daar de richtlijn betrekking heeft op het terrein van „arbeid en beroep", beoogt ze burgers in staat te stellen om hun mogelijkheden te verwezenlijken en in hun levensonderhoud te voorzien door werkzaamheden te verrichten.

56. Dit belang van werk voor zelfontplooiing wordt erkend in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"). Artikel 15, lid 1, ervan bepaalt dat eenieder het recht heeft te werken en een vrijelijk gekozen of aanvaard beroep uit te oefenen. [20]

57. Richtlijn 2000/78 beoogt dus werkenden te beschermen tegen discriminatie, en artikel 3, lid 1, onder a), ervan beoogt discriminatievrije toegang tot werk mogelijk te maken.

58. Hoe moet het begrip „werk" worden opgevat om de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 te bepalen? In recente rechtspraak is bevestigd dat de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 ruim moet worden uitgelegd [21] en dat die richtlijn niet is beperkt tot de voorwaarden voor toegang tot functies die worden uitgeoefend door „werknemers" in de zin van artikel 45 VWEU. [22]

[16] Zie tevens de toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep. In een deel van die toelichting, waarin een beschrijving wordt gegeven van het latere artikel 3 van richtlijn 2000/78, wordt in het bijzonder aangegeven dat „gelijke behandeling in verband met de toegang tot in loondienst of als zelfstandige uitgeoefende activiteiten […] de eliminatie [omvat] van elke discriminatie op grond van bepalingen die *personen belemmeren bij de toegang tot alle vormen van werkgelegenheid en beroep*". Cursivering van mij.

[17] Conclusie van advocaat-generaal Richard de la Tour in de zaak HK/Danmark en HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, punt 37).

[18] Arrest van 2 juni 2022, HK/Danmark en HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, punt 34).

[19] Zie in dat verband de Zweedse taalversie van richtlijn 2000/78 waarin het begrip „beroepsleven" (*arbetslivet*) in artikel 1 van die richtlijn wordt gebruikt als evenknie van de Engelse uitdrukking *employment and occupation* of de Franse formulering *emploi et travail*.

[20] Het belang van werk voor zelfontplooiing is tevens in de rechtspraak benadrukt. In zijn conclusie in de zaak Coleman (C-303/06, EU:C:2008:61, punt 11), betoogt advocaat-generaal Poiares Maduro dat „[t]oegang tot het arbeidsproces en beroepsontwikkeling […] voor iedereen van fundamenteel belang [zijn], niet alleen als een middel om de kost te verdienen, maar ook als een belangrijke wijze van zelfontplooiing en van verwezenlijking van iemands mogelijkheden". Om de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 te verduidelijken, heeft advocaat-generaal Sharpston dit citaat aangehaald in haar conclusie in de zaak Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2019:922, punt 44).

[21] Arrest van 23 april 2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, punt 39; hierna: „arrest LGBTI"). Zie tevens conclusie van advocaat-generaal Sharpston in die zaak (C-507/18, EU:C:2019:922, punt 42). Het Hof heeft in het arrest HK herhaald dat de begrippen „arbeid in loondienst", „arbeid als zelfstandige" en „beroep" ruim moeten worden opgevat, aangezien uit een vergelijking van de verschillende taalversies van artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78 blijkt dat in vele talen algemene uitdrukkingen worden gebruikt. Arrest van 2 juni 2022, HK/Danmark en HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, punt 27).

[22] Arrest van 2 juni 2022, HK/Danmark en HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, punt 29). Zie tevens punt 28 van hetzelfde arrest waarin het Hof verklaart dat „[n]aast het feit dat deze bepaling uitdrukkelijk betrekking heeft op arbeid als zelfstandige, […] uit de begrippen ‚arbeid in loondienst' en ‚beroep', in de gebruikelijke betekenis ervan, [volgt] dat de Uniewetgever de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 niet heeft willen beperken tot de door een ‚werknemer' in de zin van artikel 45 VWEU vervulde functies".

59. Bij de bescherming van werkende personen ziet richtlijn 2000/78 dus niet alleen op „werknemers" in de zin van het recht inzake vrij verkeer of het op basis van artikel 153 VWEU vastgestelde afgeleide recht.[23] Ook al gaat richtlijn 2000/78 verder dan „werknemers" in de zin van artikel 45 VWEU, deze vallen uiteraard ook daaronder.[24]

60. Het begrip werkende persoon moet in de 21e eeuw breder worden opgevat.[25] Tegenwoordig is een werkende persoon iemand die, (in beginsel) tegen vergoeding, zijn eigen tijd, kennis, vaardigheden, energie en vaak enthousiasme inzet om voor iemand anders en niet voor hemzelf een dienst te verrichten of een product te vervaardigen.

61. Richtlijn 2000/78 beoogt het pad te effenen voor discriminatievrije toegang tot werk, dat wordt verricht om de kost te verdienen, in alle mogelijke vormen waarin werkzaamheden kunnen worden aangeboden. Bij een dergelijk begrip van het doel van richtlijn 2000/78 bestaat er – zoals ik hieronder zal uitleggen – geen rechtvaardiging om arbeid als zelfstandige bestaande in het leveren van goederen of diensten in welke beschikbare rechtsvorm dan ook, van de werkingssfeer ervan uit te sluiten.

b) Verscheidene vormen van werk en waarom de levering van goederen en diensten niet van richtlijn 2000/78 kan worden uitgesloten

62. Werk verwijst naar zowel de activiteit als het resultaat van die activiteit.[26] Voor de toepassing van antidiscriminatiewetgeving op het gebied van „arbeid en beroep" maakt het niet uit of een werkende persoon het resultaat van zijn werkzaamheden vooraf aan de afnemer ervan overdraagt, zoals in een klassieke arbeidsverhouding, of naderhand als goed of dienst aan afnemers aanbiedt. In beide gevallen verdient de werkende persoon de kost en neemt hij deel aan de samenleving door zijn persoonlijk werk te investeren.

63. Hetzelfde werk kan op verschillende manieren worden verricht. De meest voorkomende vorm is echter nog steeds de traditionele vorm van arbeid, begrepen als voltijds werk, voor onbepaalde tijd en in het kader van een ondergeschikte en bilaterale arbeidsverhouding.[27] Evenwel zijn er steeds meer afwijkende vormen van arbeid bijgekomen[28], waardoor de arbeidsmarkt versnipperd is geraakt[29] en er nieuwe uitdagingen op het gebied van regelgeving zijn ontstaan[30].

[23] Over de ontwikkeling van het begrip „werknemer" in de interne markt en afgeleid arbeidsrecht van de Europese Unie in de rechtspraak van het Hof, zie Countouris, N., „The Concept of ‚Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope", *Industrial Law Journal*, 2018, blz. 192-225 en Goldner Lang, I., „Sloboda kretanja radnika", in Ćapeta, T., en Goldner Lang, I. (red.), *Pravo unutarnjeg tržišta Europske unije*, Narodne Novine, Zagreb, 2021, blz. 77-110.

[24] In dat verband zie conclusie van advocaat-generaal Richard de la Tour in de zaak HK/Danmark en HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, punt 35).

[25] In dat verband zie Supiot, A., „Homo faber: continuités et ruptures", in Supiot, A. (red.), *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT*, éditions de l'Atelier, Parijs, 2019, blz. 15-41.

[26] Zie tevens in dat verband Supiot, A., „Homo faber: continuités et ruptures", in Supiot, A. (red.), *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT*, éditions de l'Atelier, Parijs, 2019, blz. 15-41, blz. 17; Dujarier, M.-A., *Troubles dans le travail, Sociologie d'une catégorie de pensée*, puf, Parijs, 2021, blz. 365-366.

[27] In een onderzoek van de IAO over afwijkende arbeidsvormen, werd deze omschrijving van de „traditionele arbeidsverhouding" gegeven. Zie *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, IAO, Genève, 2016, blz. 7. Zie tevens de kaart op bladzijde 52 van dat onderzoek.

[28] Ibidem.

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

[30] Fudge, J., „Blurring Legal Boundaries: Regulating for Decent Work", in Fudge, J., McCrystal, S., en Sankaran, K., *Challenging the legal boundaries of work regulation*, Hart, Oxford, 2012, blz. 1-26; De Stefano, V., en Aloisi, A., *European Legal framework for digital labour platforms*, Europese Commissie, Luxemburg, 2018.

64. Iemand kan de kost verdienen door te werken voor een of meerdere „werkgevers", voor langere of kortere tijd, deeltijds of enkel seizoensgebonden, op één plek of vanuit verschillende locaties, met zijn eigen middelen of met die van iemand anders. Evenzo kan het werk op uurbasis worden afgesproken (bijvoorbeeld 20 uur per maand) of op basis van de uit te voeren taken (bijvoorbeeld 6 muren wit schilderen). [31]

65. Een persoon kan hetzelfde werk dus op verschillende manieren verrichten. Dat betekent ook dat hetzelfde werk onder verschillende rechtskaders kan vallen. Het beschikbare rechtskader dat voor een bepaald soort werk geldt, kan per lidstaat verschillen.

66. Die verschillende rechtskaders mogen derhalve niet relevant zijn voor de toepassing van richtlijn 2000/78. Wel van belang daartoe is dat een persoon *persoonlijk werk* verricht, ongeacht de rechtsvorm waaronder dat werk wordt verricht.

67. Het begrip „persoonlijk werk" is ontwikkeld op het gebied van het arbeidsrecht als reactie op de versnippering van arbeid, waardoor veel personen buiten de bescherming van het arbeidsrecht kwamen te vallen doordat zij geen werknemers in de traditionele zin waren. [32] Zo is voorgesteld dat persoonlijk werk wordt gehanteerd als een criterium om vast te stellen aan welke werknemers al dan niet arbeidsrechten toekomen.

68. Veelal scharen arbeidsjuristen evenwel alle werkenden die persoonlijk diensten verrichten onder de werkingssfeer van het arbeidsrecht, maar sluiten zij personen die „daadwerkelijk voor zichzelf een bedrijf voeren", daarvan uit. [33]

69. Naar mijn mening dient de Uniewetgeving ter bestrijding van discriminatie een nog ruimere definitie van persoonlijk werk te hanteren, waarbij bedrijven niet worden uitgesloten [34] wanneer een ondernemer persoonlijk werk verricht.

70. De reden hiervoor houdt verband met de verschillende doelstellingen van de wetgeving ter bestrijding van discriminatie en het arbeidsrecht.

71. Het arbeidsrecht (met artikel 153 VWEU als rechtsgrondslag in de Europese Unie) is gericht op de bescherming van de werknemer tegen een persoon aan wie hij goederen of diensten levert, ervan uitgaande dat hij in die arbeidsverhouding de ondergeschikte is en daarom in een zwakkere positie verkeert.

[31] Collins legt uit dat persoonlijk werk kan worden verricht onder een overeenkomst op basis van de bestede tijd of op basis van de uitgevoerde taken. Economisch gezien kunnen er verschillende redenen zijn, die meestal verband houden met risicoverdeling, waarom een bepaald soort werk wordt overeengekomen. In dat verband zie Collins, H., „Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment", *Oxford Journal of Legal Studies*, deel 10(3), 1990, blz. 362.

[32] Over het begrip „persoonlijk werk", zie bijvoorbeeld Freedland, M., en Countouris, N., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, OUP, Oxford, 2011, blz. 5 en 42; Supiot, A., „Towards a European policy on work", in Countouris, N., en Freedland, M. (red.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, CUP, Cambridge, 2013, blz. 19-35, blz. 35; Countouris, N., en De Stefano, V., *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Brussel, 2019, blz. 64.

[33] Deze definitie van een persoonlijke werkrelatie werd voorgesteld door Countouris, N., en De Stefano, V., in *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Brussel, 2019, blz. 65: „Het begrip ‚persoonlijke werkrelatie' kan worden gehanteerd om de werkingssfeer ratione personae vast te stellen van het arbeidsrecht dat van toepassing is op een persoon die door iemand anders is ingeschakeld voor het verrichten van arbeid, tenzij die persoon daadwerkelijk voor zichzelf een bedrijf voert".

[34] Zie tevens in dat verband, Barnard, C., die uitlegt dat er tevens stemmen opgaan die stellen dat de verwijzing naar „zelfstandige" op het terrein van de wetgeving inzake gelijke behandeling ook de onafhankelijke zelfstandige (ondernemer) omvat. In: *EU Employment Law*, OUP, Oxford, 2012, 4e druk, blz. 348.

72. Richtlijn 2000/78, die is vastgesteld op grond van het huidige artikel 19 VWEU, heeft een andere doelstelling.[35] De richtlijn is een instrument voor het bieden van gelijke kansen op werk. Van gelijke kansen is sprake wanneer de toegang tot arbeid niet wordt beperkt door bijvoorbeeld de seksuele geaardheid van de betrokkene. De uitvoering van richtlijn 2000/78 zou er daarom toe moeten leiden dat een persoon of onderneming die werk wil laten verrichten, „blind" is voor de kenmerken van een potentiële kandidaat ten aanzien van wie het verboden is te discrimineren, onder meer op grond van zijn seksuele geaardheid.

73. Om die reden mag de levering van goederen en diensten als een vorm van persoonlijk werk niet worden uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn 2000/78.

74. Ik geef ter verduidelijking een voorbeeld. Een vrouwelijke IT-deskundige is bijvoorbeeld vaardig in het maken van software die gebruikmaakt van machinelearningalgoritmen. De meest voor de hand liggende optie is dat zij haar expertise inzet bij een softwareontwikkelingsbedrijf door arbeid in loondienst te verrichten op basis van een voltijdse arbeidsovereenkomst.

75. Zij kan het echter als onbevredigend ervaren om slechts voor één bedrijf te werken en er derhalve voor kiezen om dezelfde werkzaamheden als zelfstandige aan te bieden aan meerdere ondernemingen. Zo kan zij proberen om een vaste relatie op te bouwen met één onderneming teneinde zekerheid te verkrijgen over een regelmatig inkomen. Dit resultaat kan worden bereikt door een overeenkomst te sluiten voor het leveren van specifieke goederen en diensten (bijvoorbeeld het vervaardigen van machinelearningalgoritmen op maat, het onderhoud van de bedrijfssoftware en het trainen van het personeel van de onderneming in het gebruik ervan). Een dergelijke overeenkomst kan voor bepaalde tijd worden gesloten, bijvoorbeeld voor een jaar, en jaarlijks worden verlengd. Tegelijkertijd kan ze op zoek gaan naar andere ondernemingen waarvoor zij kan werken. Zij kan ervoor kiezen om met deze andere ondernemingen of personen louter een specifieke overeenkomst te sluiten voor het ontwikkelen van de door hen gewenste machinelearningalgoritmen.

76. Als zelfstandige heeft zij dan verschillende soorten contractuele betrekkingen. Het eerste soort is gebaseerd op een overeenkomst voor het leveren van diensten die zij aanbiedt voor een aantal uur per maand of per jaar, en de andere soorten zijn gebaseerd op overeenkomsten voor de levering van een eindproduct, namelijk de op de eisen van een bepaalde klant afgestemde software. Alle hierboven beschreven werkzaamheden kunnen worden verricht op basis van overeenkomsten voor goederen en diensten die persoonlijk met de desbetreffende IT-deskundige zijn aangegaan. Dezelfde IT-deskundige kan evenwel ook besluiten om een bedrijf op te richten en haar werk via dat bedrijf aan te bieden.

77. In sommige lidstaten mogen bijvoorbeeld geen opeenvolgende afzonderlijke dienstverleningsovereenkomsten met dezelfde onderneming worden gesloten. Dat zou zelfs het gevolg kunnen zijn van de tenuitvoerlegging van het arbeidsrecht van de Europese Unie dat erop is gericht werknemers meer zekerheid te bieden door middel van vaste arbeidsovereenkomsten.[36] Onze IT-deskundige wil echter geen arbeid verrichten in loondienst en de onderneming waarvoor zij werkt op basis van opeenvolgende dienstverleningsovereenkomsten met een looptijd van een

[35] In zijn arrest van 2 juni 2022, HK/Danmark en HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, punt 34), heeft het Hof het volgende vastgesteld: „[z]oals de advocaat-generaal in punt 37 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is richtlijn 2000/78 dus geen handeling van afgeleid Unierecht, zoals die welke met name zijn gebaseerd op artikel 153, lid 2, VWEU en die slechts de werknemers als zwakste partij in een arbeidsverhouding beogen te beschermen […]".

[36] Clausule 5 van de raamovereenkomst van 18 maart 1999 inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (PB 1999, L 175, blz. 43).

jaar, is ook niet voornemens om haar in dienst te nemen, maar wil wel met haar blijven samenwerken. In dergelijke omstandigheden kan onze IT-deskundige besluiten om haar eigen bedrijf op te richten. Dan kan zij via haar eigen bedrijf haar werkzaamheden voor diezelfde onderneming blijven aanbieden zonder dat de wetgeving inzake het verbod op opeenvolgende tijdelijke dienstverleningsovereenkomsten van toepassing wordt.

78. In alle varianten die ik in bovenstaand voorbeeld heb beschreven, verrichtte de IT-deskundige hetzelfde soort werk en de ondernemingen of personen met wie zij een overeenkomst was aangegaan, voorzagen in dezelfde werkbehoefte.

79. Er kunnen echter argumenten worden aangevoerd dat de met haar als persoon gesloten overeenkomst een vorm van arbeid als zelfstandige betreft, terwijl de overeenkomst die met haar bedrijf is gesloten, dat niet is omdat het in dat geval gaat om een levering van goederen of diensten. In het eerste geval neemt de potentiële „werkgever" bij haar „werkzaamheden" af en in het tweede geval haar „goederen" of „diensten".

80. Is er in het kader van richtlijn 2000/78, die beoogt het recht van personen te beschermen om aan de samenleving deel te nemen en een inkomen te verwerven door persoonlijk werk te verrichten, eigenlijk wel een verschil? Wanneer een onderneming weigert om een overeenkomst te sluiten met onze IT-deskundige uit het voorbeeld omdat zij homoseksueel is (of een bepaald geloof aanhangt, of te oud of te jong is) of vanwege een andere eigenschap die niets te maken heeft met haar vaardigheid wat het maken van machinelearningsoftware betreft, wordt haar de toegang tot die specifieke job ontzegd en wordt derhalve de toegang tot arbeid voor haar beperkt.

81. Dat dergelijke discriminatie niet mag worden toegestaan, is duidelijk wanneer zij de traditionele vorm van arbeid zou willen verrichten. Waarom zou dat ook niet gelden in alle overige situaties waarin zij haar werkzaamheden aanbiedt op basis van overeenkomsten voor goederen of diensten die met haar als persoon zijn aangegaan, of op basis van overeenkomsten voor goederen of diensten die met haar bedrijf zijn aangegaan, maar waarbij wordt afgesproken dat zij in het kader daarvan persoonlijk werk verricht?

82. Noch uit het oogpunt van degene die de werkzaamheden verricht, noch uit dat van een onderneming die de persoonlijke arbeid afneemt, is er in wezen enig verschil. Werkzaamheden worden verricht die iemand anders nodig heeft. Het lijkt mij niet in overeenstemming met de doelstellingen van richtlijn 2000/78 indien sommige van deze situaties zouden worden uitgesloten van de werkingssfeer van deze richtlijn, die tot doel heeft discriminatievrije toegang tot levensonderhoud en het bijdragen aan de samenleving door arbeid mogelijk te maken, ongeacht de rechtsvorm waarin die arbeid wordt verricht.[37]

83. Voor de toepassing van de antidiscriminatiewetgeving maakt het niet uit of een persoon die werkzaamheden verricht, tegelijkertijd een bedrijf is en daarom niet een onderschikte positie ten opzichte van de potentiële „werkgever" heeft, maar een horizontale.[38] Voor sommige beroepen is het in bepaalde rechtsstelsels overigens verplicht dat zelfstandigen zich als bedrijf registreren, of is dat minstens gewoonlijk het geval.

[37] Zie punt 54 hierboven en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

[38] Hetgeen niet betekent dat dit feit in andere domeinen van het Unierecht, zoals het mededingingsrecht, geen rol speelt. Zie in dat verband arrest van 4 december 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media* (C-413/13, EU:C:2014:2411).

84. Dat geldt bijvoorbeeld voor handelsagenten. De betrekking tussen een handelsagent en zijn opdrachtgever is er een van „business to business". In de meeste gevallen zijn handelsagenten echter zelfstandigen die tegelijkertijd de enige eigenaar zijn van bedrijven of kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's).[39] Mag een potentiële opdrachtgever weigeren om een overeenkomst te sluiten met een handelsagent louter wegens een bepaalde seksuele geaardheid van laatstgenoemde? Valt een dergelijke weigering niet onder richtlijn 2000/78?

85. Ten slotte dient te worden opgemerkt dat, indien de persoonlijke levering van goederen en diensten buiten de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt, ondernemingen of personen die bepaalde werkzaamheden gedaan willen hebben, het verbod van discriminatie zouden kunnen omzeilen door ervoor te kiezen goederen of diensten „af te nemen" in plaats van een dienstverrichter in te schakelen. Zoals J.K. en de Commissie betogen, zou dat in strijd zijn met het nuttig effect van die richtlijn.

86. Indien discriminatie op de opgesomde gronden verboden dient te worden wat de toegang tot arbeid betreft, dan kan de levering van goederen en diensten niet worden uitgesloten van het begrip arbeid als zelfstandige in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78, voor zover een leverancier persoonlijk werk aanbiedt om de kost te verdienen.

87. Uit de omstandigheden van deze zaak blijkt dat TP diensten van een redacteur nodig had. Om onbekende redenen (misschien was het goedkoper) achtte de televisieomroep het wenselijk om de redactiediensten van een zelfstandige contractant af te nemen en niet iemand in dienst te nemen. Een andere televisieomroep zou misschien een andere afweging hebben gemaakt. Het zou goedkoper of minder risicovol kunnen zijn om een redacteur voltijds of deeltijds in dienst te nemen. Ik zie redelijkerwijs geen enkele rechtvaardiging waarom richtlijn 2000/78 aldus zou moeten worden opgevat dat de televisieomroep seksuele geaardheid niet in aanmerking mag nemen wanneer hij een redacteur in dienst neemt, maar wel wanneer hij die diensten rechtstreeks of via het bedrijf van de redacteur afneemt in het kader van een overeenkomst. Zowel uit het oogpunt van de televisieomroep als uit dat van de redacteur is de situatie feitelijk dezelfde: de televisieomroep verkrijgt de benodigde redactiediensten en de redacteur biedt zijn persoonlijk werk aan.

Tussenconclusie

88. Het begrip „arbeid als zelfstandige" in de zin van richtlijn 2000/78 heeft betrekking op de levering van goederen en diensten wanneer de dienstverrichter persoonlijk werk verricht. In die situatie kan de potentiële afnemer van de goederen of diensten niet weigeren om een overeenkomst te sluiten op grond van de seksuele geaardheid van de dienstverrichter.

2. Is het sluiten van een individuele overeenkomst een „voorwaarde voor toegang tot arbeid […] als zelfstandige" in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78?

89. De Poolse regering betoogt dat het weigeren om een individuele overeenkomst inzake diensten te sluiten niet onder het begrip „voorwaarde voor toegang tot arbeid […] als zelfstandige" valt in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78. Volgens haar heeft het begrip „voorwaarde voor toegang tot arbeid als zelfstandige" alleen betrekking op algemene

[39] Zie in dat verband het werkdocument van de diensten van de Commissie betreffende de evaluatie van richtlijn 86/653/EEG (Refit-evaluatie), SWD(2015) 146 final, 16 juli 2015.

voorwaarden voor de uitoefening van bepaalde beroepen. Zoals de Poolse regering ter terechtzitting heeft toegelicht, ziet die regel alleen op gereglementeerde beroepen. In de onderhavige zaak is er geen enkele openbare regel die J.K. verhindert om zijn redactiediensten aan te bieden. Niets belemmert dus zijn toegang tot die activiteit. Een individueel besluit van een potentiële afnemer van een dienst is derhalve geen „voorwaarde voor toegang tot arbeid […] als zelfstandige". In plaats daarvan valt een dergelijk besluit onder de vrije keuze van een contractpartij.

90. J.K., de Belgische, de Nederlandse en de Portugese regering en de Commissie zijn van mening dat artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78 van toepassing is op de weigering om een overeenkomst met een zelfstandige te sluiten op grond van diens seksuele geaardheid.

91. In het arrest LGBTI [40] is het Hof in de gelegenheid gesteld om het begrip „voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst" als bedoeld in artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78 te verduidelijken in een zaak die eveneens betrekking had op discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Het Hof heeft eerst uiteengezet dat die uitdrukking moet worden uitgelegd in overeenstemming met de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis ervan, met inachtneming van de context waarin ze wordt gebruikt en de door de regeling waarvan ze deel uitmaakt beoogde doelstellingen. [41] Op basis daarvan heeft het Hof geoordeeld dat de voorwaarden voor toegang slaan op „omstandigheden of feiten waarvan het bestaan moet worden vastgesteld opdat iemand een bepaalde baan kan verkrijgen of een bepaald beroep kan uitoefenen". [42]

92. Hoewel het Hof in het arrest LGBTI alleen naar de toegang tot arbeid in loondienst heeft verwezen, geldt hetzelfde voor het begrip „voorwaarden voor toegang tot arbeid […] als zelfstandige", aangezien artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78 tegelijk verwijst naar arbeid in loondienst, arbeid als zelfstandige en een beroep. De voorwaarden voor toegang tot arbeid als zelfstandige slaan derhalve op omstandigheden of feiten waarvan het bestaan moet worden vastgesteld opdat iemand een bepaalde job als zelfstandige kan verkrijgen.

93. Een zelfstandige begint een job door een dienstverleningsovereenkomst of een vergelijkbare civielrechtelijke overeenkomst te sluiten. Indien de potentiële afnemer van de diensten van een zelfstandige als voorwaarde voor de toegang tot een job stelt dat diegene die de betreffende dienst verricht geen homoseksueel is, is het duidelijk dat een persoon met die seksuele geaardheid dat bepaalde werk niet kan verkrijgen.

94. Indien bij traditionele arbeid in loondienst de weigering om een arbeidsovereenkomst te sluiten met een persoon vanwege zijn seksuele geaardheid verboden is op grond van artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78, dan moet de weigering om een dienstverleningsovereenkomst of een soortgelijke overeenkomst met een zelfstandige te sluiten vanwege zijn seksuele geaardheid ook worden verboden krachtens die bepaling, waarin wordt verwezen naar arbeid in loondienst én als zelfstandige.

95. Tot slot wil ik nog ingaan op een aanvullende vraag, die ter terechtzitting aan de orde was. Zou artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78 ook van toepassing zijn in een hypothetische situatie waarin een zelfstandige, zoals J.K., niet eerder een langdurige werkrelatie had gehad, maar voor het eerst voor de job had gesolliciteerd en een overeenkomst was geweigerd vanwege zijn seksuele geaardheid? Is, met andere woorden, de continuïteit van de werkzaamheden van belang?

40 Punt 39.

41 Arrest LGBTI, punt 32.

42 Arrest LGBTI, punt 33.

96. Volgens J.K. en de Commissie maakt het niet uit of er voor het eerst voor de job wordt gesolliciteerd. De Poolse regering blijft bij haar eerdere standpunt dat dergelijke individuele besluiten niet onder het begrip „voorwaarden voor toegang tot arbeid […] als zelfstandige" vallen.

97. Ik deel het standpunt van J.K. en de Commissie. Artikel 3, lid 1, onder a), betreft de toegang tot werk. Eerdere werkrelaties houden geen verband met het solliciteren voor een job en het effectief sluiten van een overeenkomst. Het is met andere woorden niet zo dat de weigering om een overeenkomst te sluiten in het hoofdgeding onder artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78 valt omdat J.K. eerder overeenkomsten met TP had gesloten, maar omdat hem de toegang tot nieuw werk werd ontzegd doordat TP had geweigerd een nieuwe overeenkomst met hem te sluiten.

Tussenconclusie

98. De weigering om een individuele dienstverleningsovereenkomst te sluiten met een zelfstandige vanwege zijn seksuele geaardheid, valt onder het begrip „voorwaarden voor toegang tot arbeid […] als zelfstandige" in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78.

B. Toepasselijkheid van artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2000/78

99. In de specifieke omstandigheden van de onderhavige zaak verhindert de weigering om een overeenkomst met J.K. te sluiten niet alleen zijn toegang tot nieuw werk, maar wordt daardoor ook zijn zeven jaar lange werkrelatie met TP beëindigd, enkel vanwege zijn seksuele geaardheid. Bijgevolg is artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2000/78 mijns inziens eveneens op de onderhavige zaak van toepassing.

100. De Poolse regering heeft aangevoerd dat artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2000/78 niet van toepassing kan zijn omdat, ten eerste, arbeid als zelfstandige niet uitdrukkelijk in die bepaling wordt genoemd en, ten tweede, zelfstandigen niet kunnen worden „ontslagen".

101. Naar mijn mening vormt artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2000/78 een aanvulling op artikel 3, lid 1, onder a), ervan. De bepaling onder a) is van toepassing op de toegang tot werk, terwijl de bepaling onder c) van toepassing is op de arbeidsvoorwaarden, waaronder de beëindiging ervan. Dat onder c) niet wordt verwezen naar arbeid als zelfstandige, is dus te wijten aan een onduidelijk geformuleerde wetstekst en betekent niet dat de wetgever de bedoeling had om zelfstandigen uit te sluiten. In artikel 3, lid 1, onder a), wordt namelijk zowel naar de personele als naar de materiële werkingssfeer van richtlijn 2000/78 verwezen, terwijl in artikel 3, lid 1, onder c), enkel wordt verwezen naar de materiële werkingssfeer ervan.

102. Het is bovendien inderdaad zo dat zelfstandigen niet kunnen worden ontslagen, indien het woord „ontslag" alleen wordt gebruikt in verband met arbeid in loondienst. Dat is echter niet van belang. Artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2000/78 geeft ontslag als voorbeeld ter verduidelijking van de betekenis van het begrip „werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden". Die

bepaling is van toepassing op alle arbeidsvoorwaarden en de beëindiging ervan.[43]

Tussenconclusie

103. Een situatie als die in de onderhavige zaak, waarin een zelfstandige al een werkrelatie had met de afnemer van diensten die enkel vanwege zijn seksuele geaardheid een nieuwe overeenkomst met hem weigerde te sluiten, valt onder de werkingssfeer van artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2000/78.

C. Kan contractvrijheid dienen ter rechtvaardiging van discriminatie op grond van seksuele geaardheid?

104. Een andere vraag die in de prejudiciële verwijzing naar voren komt, is of contractvrijheid, waaronder wordt verstaan het recht om vrij een contractpartij te kiezen als bedoeld in artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling, door TP kan worden ingeroepen als rechtvaardigingsgrond voor de niet-toepasselijkheid van richtlijn 2000/78.

105. Richtlijn 2000/78 bepaalt in artikel 2, lid 5, dat nationale maatregelen in uitzonderlijke gevallen de toepassing van die richtlijn mogen uitsluiten indien zij onder meer noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van derden. Het Hof heeft uiteengezet dat deze bepaling, die een afwijking vormt van het beginsel van het verbod van discriminatie, strikt dient te worden uitgelegd.[44]

106. Kan artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling worden beschouwd als een maatregel die in een democratische samenleving noodzakelijk is voor de bescherming van de vrijheden van derden, als bedoeld in artikel 2, lid 5, van richtlijn 2000/78?

107. Artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling garandeert de vrije keuze voor een contractpartij. Volgens die bepaling kan die keuzevrijheid worden beperkt ter voorkoming van discriminatie op grond van geslacht, ras, etnische afstamming of nationaliteit. De beperking van de contractvrijheid geldt echter niet wanneer een keuze leidt tot discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Volgens die wet is het dus toegestaan om op basis van de seksuele geaardheid van een potentiële contractpartij te beslissen om al dan niet een overeenkomst te sluiten.

108. Overeenkomstig artikel 2, lid 5, van richtlijn 2000/78 is een nationale wettelijke bepaling die discriminatie op grond van seksuele geaardheid toestaat niet in strijd met die richtlijn indien zij noodzakelijk is om contractvrijheid mogelijk te maken.

[43] Daarnaast wil ik erop wijzen dat het Hof in een andere context, met betrekking tot het vrije verkeer en burgerrechten op grond van richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (PB 2004 L 158, blz. 77), reeds heeft erkend dat gedwongen beëindiging van de activiteiten van een zelfstandige gelijk kan worden gesteld met het onvrijwillige ontslag van een werknemer in loondienst. Zie arresten van 20 december 2017, Gusa (C-442/16, EU:C:2017:1004, punt 43), en 11 april 2019, Tarola (C-483/17, EU:C:2019:309, punt 48).

[44] Zie in die zin arrest van 13 september 2011, Prigge e.a. (C-447/09, EU:C:2011:573, punt 56).

109. Voordat ik een evenredigheidstoets verricht, wil ik eerst aangeven dat ik bij het maken van een afweging in het kader van die vraag tegen een probleem aanloop, namelijk of het toestaan van discriminatie op basis van een van de verboden gronden deel kan uitmaken van contractvrijheid in een samenleving die stoelt op de waarde van gelijkheid. [45]

110. Indien echter kan worden aanvaard dat contractvrijheid wordt beperkt door het verbod van discriminatie op de in richtlijn 2000/78 genoemde gronden, leidt een traditionele evenredigheidstoets tot de vaststelling dat het toestaan van discriminatie op grond van seksuele geaardheid in een democratische samenleving niet noodzakelijk is voor de bescherming van contractvrijheid.

111. Dat artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling in een democratische samenleving niet noodzakelijk is ter bescherming van contractvrijheid, kan zonder omwegen worden vastgesteld door erop te wijzen dat die bepaling reeds discriminatie verbiedt op grond van geslacht, ras of etnische afstamming bij het kiezen van een contractpartij. Dat toont op zich aan dat de Poolse wetgever de vrijheid om te discrimineren niet noodzakelijk acht om contractvrijheid in een democratische samenleving te waarborgen.

112. Bij de afweging van twee grondrechten dient te worden beoordeeld of een van de twee rechten onevenredig wordt beperkt. Aangezien krachtens artikel 2, lid 5, van richtlijn 2000/78 contractvrijheid wordt gebruikt om een afwijking van die richtlijn te rechtvaardigen, moet er – paradoxaal genoeg – een omgekeerde analyse worden verricht. De vraag is dan of richtlijn 2000/78 de contractvrijheid onevenredig heeft beperkt. Als dat niet het geval blijkt te zijn, luidt de conclusie dat het nationale recht dat de vrijheid beschermt die als rechtvaardigingsgrond wordt gebruikt (contractvrijheid), niet noodzakelijk is in een democratische samenleving. [46]

[45] In recente arresten heeft het Hof, in voltallige zitting, uiteengezet dat de in artikel 2 VEU genoemde waarden, waaronder gelijkheid, integraal deel uitmaken van de identiteit van de Europese Unie (arresten van 16 februari 2022, Hongarije/Parlement en Raad, C-156/21, EU:C:2022:97, punt 232, en 16 februari 2022, Polen/Parlement en Raad, C-157/21, EU:C:2022:98, punt 264). Het doel van richtlijn 2000/78 is juist het realiseren van de waarde van gelijkheid door uitvoering te geven aan het verbod van discriminatie, als bedoeld in artikel 21 van het Handvest. Sinds het arrest van 8 april 1976, Defrenne/SABENA, (43/75, EU:C:1976:56), is gelijkheid het uitgangspunt voor het sociale model waar de Europese Unie naar streeft. McCrudden zet bijvoorbeeld uiteen dat wanneer gelijkheid wordt opgevat als een begrip dat de bescherming van rechten omvat, het beginsel van gelijke behandeling bijzondere betekenis heeft omdat daarmee wordt aangetoond dat de doelstellingen van de Europese Unie verder reiken dan economische doelstellingen en zich uitstrekken tot de bescherming van het Europese sociale model. Zie McCrudden, C., „The New Concept of Equality", *ERA*, 2003, blz. 18. Zie tevens Waddington, L., „Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination", *Industrial Law Journal*, 1999, blz. 133-151, blz. 134, die betoogt dat de invoering van artikel 13 EG in het Verdrag niet voornamelijk was ingegeven door de wens om discriminatie te bestrijden om economische redenen, maar eerder om Europa en „haar burgers nader tot elkaar te brengen".

[46] Het Hof heeft een soortgelijke afweging gemaakt tussen het recht van non-discriminatie als bedoeld in richtlijn 2000/78 en de in artikel 11 van het Handvest beschermde vrijheid van meningsuiting, in het arrest LGBTI, punten 47-57. Het Hof heeft het recht van non-discriminatie als bedoeld in richtlijn 2000/78 afgewogen tegen de in artikel 12 van het Handvest beschermde vrijheid van vereniging, in het arrest van 2 juni 2022, HK/Danmark en HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, punten 41-47).

113. In de onderhavige zaak dient de analyse als volgt te worden verricht. Ten eerste dient te worden opgemerkt dat het als rechtvaardigingsgrond aangevoerde recht, in casu de contractvrijheid, geen absoluut recht is.[47] Het kan bij wet worden beperkt ter verwezenlijking van sociaal aanvaarde doelstellingen, mits het recht niet in zijn kern wordt aangetast, en de beperking evenredig is aan het beoogde doel (passend en noodzakelijk).

114. Aan het vereiste dat een beperking op de contractvrijheid bij wet is vastgesteld, is voldaan aangezien deze in een richtlijn van de Europese Unie is opgenomen.

115. Ten tweede is richtlijn 2000/78 erop gericht gelijkheid op het terrein van „arbeid en beroep" in alle lidstaten van de Europese Unie te realiseren. Die richtlijn draagt tevens bij aan de verwezenlijking van andere doelstellingen die in de Verdragen zijn opgenomen. Volgens overweging 11 ervan kan „[d]iscriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid […] de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, de verbetering van de levensstandaard en de kwaliteit van het bestaan, de vergroting van de economische en sociale cohesie en van de solidariteit, alsmede het vrij verkeer van personen [ondermijnen]". Richtlijn 2000/78 beperkt derhalve de contractvrijheid ter verwezenlijking van gelijkheid en andere belangrijke doelstellingen van de Europese Unie, die legitieme doelstellingen vormen.

116. Ten derde wordt de vrije keuze voor een contractpartij door die richtlijn slechts beperkt door een dergelijke keuze op basis van de genoemde gronden onmogelijk te maken. De richtlijn verhindert niet dat werkgevers of anderen in een soortgelijke positie de meest geschikte kandidaat voor de job kiezen. In dat verband wordt in overweging 17 van richtlijn 2000/78 uiteengezet dat die richtlijn „niet [eist] dat iemand in dienst genomen, bevorderd, in dienst gehouden of opgeleid wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren […]". Dat is volgens mij de wezenlijke inhoud van contractvrijheid.

117. Iemand kan om verschillende reden, die verband houden met de desbetreffende job, worden ingehuurd of ontslagen.[48] Het verbod van discriminatie op de genoemde gronden bij de keuze van de contractpartij doet derhalve niet af aan de wezenlijke inhoud van de contractvrijheid.

118. Als we ten slotte erkennen dat er sprake is van een beperking van de contractvrijheid, moet nog worden aangetoond dat die beperking passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van de legitieme doelstelling(en) van richtlijn 2000/78. Ik beperk mij tot een evenredigheidstoets met betrekking tot de doelstelling bestaande in bestrijding van discriminatie op het terrein van arbeid en beroep, aangezien die doelstelling rechtstreeks verband houdt met de rechtsgrondslag waarop die richtlijn is vastgesteld.[49]

[47] Ik wil hierbij nog opmerken dat contractvrijheid in de rechtsorde van de Europese Unie is erkend als een van de grondrechten, als onderdeel van de in artikel 16 van het Handvest verankerde vrijheid van ondernemerschap. Zie bijvoorbeeld arrest van 21 december 2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, punt 79). Dat betekent in de eerste plaats dat de Uniewetgever met die vrijheid rekening dient te houden bij de vaststelling van antidiscriminatiewetgeving. In de tweede plaats wordt de contractvrijheid in de rechtsorde van de Europese Unie niet opgevat als een absoluut recht. Integendeel, het Hof heeft geoordeeld dat in de in artikel 16 van het Handvest vastgestelde vrijheid van ondernemerschap „door de overheid op een groot aantal wijzen [kan] worden ingegrepen. Met dit overheidsingrijpen kunnen, in het algemeen belang, beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit worden gesteld". Zie in dat verband arrest van 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punt 46); zie tevens arrest van 21 december 2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, punten 80 en 81). In verband met het laatste punt, zie tevens 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, blz. 167-182.

[48] Zie bijvoorbeeld de zaak over een zwangere vrouw die werd ontslagen naar aanleiding van een collectief ontslag, arrest van 22 februari 2018, Porras Guisado (C-103/16, EU:C:2018:99, punt 71).

[49] Zie punt 44 hierboven.

119. Door uit te sluiten dat kan worden gediscrimineerd op de verboden gronden en door te eisen, in artikel 17, dat de lidstaten bij de omzetting ervan doeltreffende en afschrikkende sancties vaststellen, is richtlijn 2000/78 geschikt om bij te dragen aan de bestrijding van discriminatie, aangezien kan worden verwacht dat dergelijk gedrag daardoor geleidelijk zal afnemen en uiteindelijk zal verdwijnen.

120. Een samenleving waarin niet wordt gediscrimineerd op de verboden gronden op het terrein van arbeid en beroep kan alleen worden bereikt indien geen enkele persoon die een andere persoon zoekt om werk voor hem te verrichten, de in richtlijn 2000/78 opgesomde kenmerken in aanmerking neemt. Anders zullen personen die deze kenmerken bezitten, niet dezelfde kansen op werk hebben. In een samenleving waarin die bezorgdheid nog steeds bestaat, zijn het verbod op dergelijke keuzen en het ontmoedigen ervan door passende sancties het minimumvereiste om die doelstelling te verwezenlijken. Ik kan geen alternatief bedenken dat minder beperkend is om de doelstelling te verwezenlijken dat op het terrein van arbeid en beroep niet wordt gediscrimineerd.

121. Aangezien richtlijn 2000/78 de contractvrijheid, die artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling beoogt te beschermen, niet onevenredig beperkt, kan die bepaling derhalve niet worden geacht in een democratische samenleving noodzakelijk te zijn voor de bescherming van de vrije keuze van een contractpartij.

Tussenconclusie

122. Een nationale bepaling als artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling is in een democratische samenleving niet noodzakelijk voor de bescherming van de vrije keuze van een contractpartij. Die bepaling kan derhalve niet rechtvaardigen dat de toepassing van richtlijn 2000/78 wordt uitgesloten op basis van artikel 2, lid 5, van die richtlijn.

D. Verplichtingen van een verwijzende rechter bij strijdigheid van een nationale wettelijke bepaling met richtlijn 2000/78

123. Aangezien artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling niet noodzakelijk is in een democratische samenleving, blijft richtlijn 2000/78 in casu van toepassing op de weigering om een overeenkomst te sluiten met een zelfstandige vanwege zijn seksuele geaardheid.

124. De verwijzende rechter heeft in zijn verwijzingsbeslissing uiteengezet dat artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling op het hoofdgeding van toepassing is. [50]

125. Dat betekent dat de verwijzende rechter wordt geconfronteerd met twee tegenstrijdige bepalingen die op de aanhangige zaak van toepassing zijn: krachtens de eerste bepaling, die is opgenomen in richtlijn 2000/78, mag TP niet weigeren om de overeenkomst te sluiten met J.K. vanwege diens homoseksualiteit; krachtens de tweede bepaling, die is opgenomen in de Poolse wet inzake gelijke behandeling, mag TP wel weigeren om de overeenkomst te sluiten met J.K. vanwege diens homoseksualiteit.

[50] Alleen de nationale rechter is bevoegd om het nationale recht uit te leggen. Bij prejudiciële procedures moet het Hof daarom vertrouwen op de uitlegging van het nationale recht door de nationale rechter. De verwijzende rechter heeft uiteengezet dat het soort overeenkomst dat in het hoofdgeding aan de orde is, volgens hem onder de Poolse wet inzake gelijke behandeling valt uit hoofde van artikel 4, lid 2, ervan en dat artikel 5, lid 3, van die wet derhalve eveneens van toepassing is.

126. Het Unierecht bevat een regel die van toepassing is wanneer er sprake is van een dergelijk conflict tussen twee bepalingen die beide op dezelfde feiten van toepassing zijn: de nationale rechter moet bij de beslechting van het geschil de Unierechtelijke bepaling toepassen en de nationale bepaling terzijde stellen. [51] De voorrang van het Unierecht biedt dus een oplossing voor een dergelijke conflict tussen bepalingen ten voordele van de Unierechtelijke bepaling.

127. Voor de volledigheid wil ik erop wijzen dat voorrang als een conflictregel werkt en vereist dat een strijdige nationale regel buiten toepassing wordt gelaten wanneer een Unierechtelijke regel rechtstreekse werking heeft. [52]

128. Richtlijnen hebben rechtstreekse werking in verticale situaties. [53] Aangezien TP een publieke televisieomroep is [54], is er blijkens de rechtspraak sprake van een verticale situatie met het oog op de rechtstreekse toepassing van een richtlijn. [55] J.K. kan zich derhalve in het hoofdgeding tegen TP beroepen op richtlijn 2000/78.

129. De relevante bepalingen van richtlijn 2000/78 [artikel 3, lid 1, onder a) en c)] zijn voorts onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om door de nationale rechter te kunnen worden toegepast. [56] Het is duidelijk dat iemand als J.K. (een zelfstandige) krachtens die bepalingen het recht heeft om niet te worden gediscrimineerd op grond van zijn seksuele geaardheid wanneer hij solliciteert voor een nieuwe job of bij de verlenging van zijn bestaande werkrelatie, en het is duidelijk dat iemand als TP, die vraagt om redactiediensten, niet kan weigeren om een overeenkomst met een zelfstandige te sluiten enkel vanwege diens seksuele geaardheid. Derhalve kan op basis van de relevante bepalingen van richtlijn 2000/78 worden vastgesteld dat J.K. een recht is verleend, dat TP een overeenkomstige verplichting heeft, en dat de inhoud van dat recht/die verplichting betekent dat seksuele geaardheid niet in aanmerking mag worden genomen bij het sluiten van een overeenkomst.

130. De nationale rechter mag bijgevolg artikel 5, lid 3, van de Poolse wet inzake gelijke behandeling niet toepassen bij de beslechting van de bij hem aanhangige zaak. Ik wil er daarnaast nog op wijzen dat die verplichting van een nationale rechter niet afhangt van de beslissing van de nationale wetgever om het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht te brengen. Dat sluit de op de nationale wetgever rustende parallelle verplichting evenwel niet uit.

Tussenconclusie

131. Artikel 3, lid 1, onder a) en c), van richtlijn 2000/78 is van toepassing op de onderhavige zaak en heeft rechtstreekse werking. J.K. kan zich derhalve voor de verwijzende rechter beroepen op het aan TP opgelegde verbod, volgens hetwelk TP niet mag weigeren om een overeenkomst met hem als zelfstandige te sluiten vanwege zijn seksuele geaardheid. De verwijzende rechter moet derhalve de strijdige nationale bepaling terzijde stellen.

[51] Arresten van 9 maart 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, punten 21-23), en 22 februari 2022, RS (Gevolgen van beslissingen van een grondwettelijk hof) (C-430/21, EU:C:2022:99, punten 62 en 63).

[52] Arrest van 24 juni 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punten 60-64 en 68).

[53] Arresten van 5 april 1979, Ratti (148/78, EU:C:1979:110, punten 20-23), en 7 augustus 2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, punt 45).

[54] Het ministerie van Financiën is de eigenaar ervan. Overigens heeft TP, verweerster in de procedure bij de verwijzende rechter, noch schriftelijke opmerkingen ingediend, noch deelgenomen aan de terechtzitting voor het Hof.

[55] Arresten van 26 februari 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, punten 46-49), en 10 oktober 2017, Farrell (C-413/15, EU:C:2017:745, punten 32-35).

[56] Arresten van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428, punten 11 en 12); 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punt 33); 16 juli 2015, Larentia + Minerva (C-108/14 en C-109/14, EU:C:2015:496, punten 48-49), en 8 maart 2022, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Rechtstreekse werking) (C-205/20, EU:C:2022:168, punten 17-19).

V. Conclusie

132. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vraag van de Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie te beantwoorden als volgt:

Artikel 3, lid 1, onder a) en c), van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling die toestaat dat wordt geweigerd om een civielrechtelijke overeenkomst voor diensten te sluiten volgens welke persoonlijk werk dient te worden verricht door een zelfstandige, wanneer die weigering is gebaseerd op de seksuele geaardheid van de betrokkene.