Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
T. ĆAPETA
fremsat den 8. september 2022 [1] [i]

Sag C-356/21

J.K.
mod
TP S.A.,
procesdeltager:
PTPA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (retten i første instans i Warszawa i Warszawa, Polen))

»Præjudiciel forelæggelse – ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv – direktiv 2000/78/EF – artikel 3 – forbud mod enhver forskelsbehandling baseret på seksuel orientering – selvstændig erhvervsdrivende – afslag på at forny en aftale«

I. Indledning

1. Efter et arbejdsforhold på syv år, der var baseret på kortvarige og på hinanden følgende kontrakter, afslog TP, der er en offentlig TV-station, at indgå en ny aftale om redigeringsopgaver med J.K. som følge af hans seksuelle orientering [2].

2. Har J.K. som en selvstændig erhvervsdrivende ret til beskyttelse mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering i henhold til direktiv 2000/78?

3. Anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 er kernen i det spørgsmål, som Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (distriktsdomstolen for Warszawa i Warszawa, Polen) har anmodet Domstolen om at tage stilling til.

[1] – Originalsprog: engelsk.

[2] – Den forelæggende ret har baseret den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse på, at afslaget på at indgå aftalen var motiveret af J.K.s seksuelle orientering. Det tilkommer denne ret at tage stilling til, hvorvidt der foreligger forskelsbehandling. Jf. i denne forbindelse 15. betragtning til Rådets direktiv 2000/78/EF af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT 2000, L 303, s. 16) og dom af 25.4.2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, præmis 42). Dette forslag til afgørelse er baseret på antagelsen om, at den situation, der førte til tvisten, omhandler direkte forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering.

4. Det andet spørgsmål, der rejses i anmodningen om præjudiciel afgørelse, omhandler forholdet mellem forbuddet mod forskelsbehandling og aftalefrihed. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt en bestemmelse i national ret, der tillader, at der kan tages hensyn til seksuel orientering som et kriterium i forbindelse med valget af, med hvem der skal indgås en aftale, er i strid med direktiv 2000/78.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

5. Artikel 1 i direktiv 2000/78 (med overskriften »Formål«) bestemmer, at formålet med direktivet, »med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, [er] at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«.

6. Direktivets artikel 2 (med overskriften »Begrebet forskelsbehandling«) bestemmer:

»1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.

2. I henhold til stk. 1

a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet,

[…]

5. Dette direktiv berører ikke foranstaltninger fastsat ved national lovgivning, som i et demokratisk samfund er nødvendige af hensyn til den offentlige sikkerhed, den offentlige orden, for at forebygge forbrydelse, for at beskytte sundheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.«

7. Artikel 3 (med overskriften »Anvendelsesområde«) fastsætter:

»1. Inden for rammerne af [EU's] beføjelser finder dette direktiv anvendelse både i den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, på alle personer for så vidt angår:

a) vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse, herunder udvælgelseskriterier og ansættelsesvilkår, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet, herunder i henseende til forfremmelse,

[…]

c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn,

[…]«

B. Polsk ret

8. Ifølge artikel 2, stk. 1, i Ustawa o wdrożeniu niektórych przep er ów prawa Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (lov om gennemførelse af visse EU-retlige bestemmelser om ligebehandling) af 3. december 2010 (Dz. U. af 2020 pos. 2156 – konsolideret tekst) (herefter »den polske lov om ligebehandling«) gælder, at »loven finder anvendelse på fysiske personer samt juridiske personer og andre organer end juridiske personer, der ifølge loven har retsevne«.

9. Det anføres nærmere bestemt i artikel 4, stk. 2, i den polske lov om ligebehandling, at denne lov finder anvendelse på »vilkår for at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed eller erhvervsaktiviteter, herunder særligt for så vidt angår ansættelsesforhold eller arbejde i henhold til en civilretlig kontrakt«.

10. Artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling fastsætter, at denne lovgivning ikke finder anvendelse for så vidt angår »friheden til at vælge en medkontrahent, forudsat at dette valg ikke sker på grundlag af køn, race, etnisk oprindelse eller nationalitet«.

11. Artikel 8 i den polske lov om ligebehandling bestemmer:

»1. Enhver forskelsbehandling af fysiske personer på baggrund af køn, race, etnisk oprindelse, nationalitet, religion, tro, ideologi, handicap, alder eller seksuel orientering er forbudt for så vidt angår:

[…]

2) vilkår for adgang til eller udøvelse af økonomisk virksomhed eller erhvervsmæssige aktiviteter, herunder i forbindelse med et ansættelsesforhold eller arbejde i henhold til en civilretlig kontrakt.

[…]«

12. Artikel 13 i den polske lov om ligebehandling har følgende ordlyd:

»1. Enhver, mod hvem princippet om ligebehandling er blevet tilsidesat, har ret til erstatning.

2. I tilfælde af tilsidesættelse af princippet om ligebehandling finder bestemmelserne i [ustawa – Kodeks cywilny […] (civil lovbog) af 23.4.1964] anvendelse.«

III. Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

13. Mellem 2010 og 2017 indgik J.K. som selvstændig erhvervsdrivende en række kortvarige og på hinanden følgende kontrakter med TP, som er et selskab, der driver en landsdækkende offentlig TV-kanal i Polen, og hvis eneaktionær er statskassen.

14. Det arbejde, der blev udført af J.K. på grundlag af disse aftaler, omfattede forberedelse af materiale, såsom redigering af udsendelser, udsendelser til trailere eller kolonner, der efterfølgende blev anvendt i kanalens selvpromoverende materiale. Han arbejdede inden for rammerne af kanalens interne organisatoriske enhed – Redakcja Oprawy i Promocji Programu 1 (redaktionen for opsætning og promovering af program 1), hvor W.S. var leder. Som led i de

indgåede kontrakter om levering af ydelser havde J.K. ugentlige vagttjenester, hvor han forberedte materiale til sagsøgtes selvpromoverende udsendelser. W.S., som var hans nærmeste leder, tildelte J.K. og en anden journalist, der udførte de samme opgaver, vagttjenester på en sådan måde, at de hver især havde månedlige vagttjenester af to ugers varighed.

15. Fra august 2017 var der planlagt en omorganisering af TP's organisatoriske struktur, hvor J.K.s opgaver skulle overføres til en nyetableret enhed, Agencja Kreacji Oprawy i Reklamy (agenturet for udarbejdelse, reklame og opsætning). Der blev udpeget to nye medarbejdere til at foretage omorganiseringen og med henblik på at kontrollere de samarbejdspartnere, der skulle overføres til det nye agentur.

16. På møder i slutningen af oktober og begyndelsen af november 2017, hvor en af de nye arbejdstagere med ansvar for omorganiseringen var til stede, modtog J.K. en positiv bedømmelse og blev optaget på listen over de samarbejdspartnere, der var kommet igennem kontrolproceduren.

17. Den 20. november 2017 blev der indgået en kontrakt om levering af ydelser mellem J.K. og TP for en periode på en måned.

18. Den 29. november 2017 modtog J.K. sit vagtskema for december 2017. Det indeholdt en vagttjeneste af to ugers varighed, hvor den første skulle begynde den 7. december 2017 og den anden den 21. december 2017.

19. Den 4. december 2017 offentliggjorde J.K. sammen med sin partner en musikvideo på deres YouTube-kanal, der var rettet mod at fremme tolerancen over for homoseksuelle forhold.

20. J.K. modtog to dage senere, den 6. december 2017, en e-mail fra TP, der aflyste hans vagttjenester, der skulle begynde den 7. december 2017.

21. Den 20. december 2017 blev J.K. oplyst om, at han tilsvarende ikke skulle stå til rådighed for den vagttjeneste, der skulle begynde den 21. december 2017. Han havde følgelig ikke, som det ellers var aftalt, nogle vagttjenester i løbet af december 2017, og han modtog heller ikke, således som det blev præciseret i retsmødet, betaling for de aftalte tjenesteydelser.

22. I sidste ende blev der ikke indgået en ny aftale (for januar 2018) mellem J.K. og TP. Beslutningen om at ophøre samarbejdet med J.K. blev ifølge forelæggelsesafgørelsen truffet af de personer, der var ansvarlige for omorganiseringen.

23. Ved stævning, der blev indgivet til den forelæggende ret, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (retten i første instans i Warszawa), har J.K. nedlagt påstand om betaling af 47 924,92 polske zloty (PLN) (ca. 10 130 EUR) med tillæg af lovbestemte renter for forsinket betaling fra tidspunktet for sagens anlæggelse til betalingsdagen. Beløbet 35 943,69 PLN (ca. 7 600 EUR) kræves i erstatning, og beløbet 11 981,23 PLN (ca. 2 530 EUR) kræves i erstatning for tilsidesættelse af princippet om ligebehandling som følge af seksuel orientering i form af direkte forskelsbehandling for så vidt angår vilkårene for adgang til og udøvelse af selvstændig virksomhed i henhold til en civilretlig aftale.

24. J.K. har gjort gældende, at han er blevet udsat for direkte forskelsbehandling af TP som følge af sin seksuelle orientering. Han har gjort gældende, at den sandsynlige grund til aflysningen af vagttjenesterne og ophøret af samarbejdet med TP var offentliggørelsen på YouTube af de ovennævnte julemusikvideoer.

25. TP har nedlagt påstand om frifindelse med den begrundelse, at hverken praksis eller lovgivningen sikrer fornyelsen af aftaler.

26. Den forelæggende ret har forklaret, at omfanget af selvstændige erhvervsdrivendes beskyttelse i henhold til direktiv 2000/78 ikke er klar. Den nærer ligeledes tvivl om, hvorvidt artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling, er i overensstemmelse med dette direktiv, hvilket ifølge denne domstol finder anvendelse på sagens omstændigheder.

27. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (distriktsdomstolen for Warszawa i Warszawa) har under disse omstændigheder besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål med henblik på en præjudiciel afgørelse:

»Skal artikel 3, stk. 1, litra a) og c), i [direktiv 2000/78] fortolkes således, at bestemmelsen muliggør en udelukkelse fra anvendelsesområdet for […] direktiv 2000/78[…] og følgelig ligeledes udelukker de sanktioner, der er indført i national ret i henhold til artikel 17 i [dette direktiv], af friheden til at vælge en medkontrahent, så længe dette valg ikke sker på grundlag af køn, race, etniske oprindelse eller nationalitet, i tilfælde, hvor den uberettigede forskelsbehandling består i et afslag på at indgå en civilretlig aftale, i henhold til hvilken arbejdet ville skulle udføres af en selvstændig fysisk person, når årsagen til dette afslag er den potentielle medkontrahents seksuelle orientering?«

28. Der er indgivet skriftlige indlæg af J.K., den belgiske, den nederlandske, den polske og den portugisiske regering samt af Europa-Kommissionen. Der blev afholdt et retsmøde den 31. maj 2022, hvor J.K., den polske regering og Kommissionen afgav mundtlige indlæg.

IV. Bedømmelse

29. Jeg kan forstå, at den forelæggende ret nærmere bestemt ønsker oplyst, hvorvidt den er forpligtet til at anvende artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling, når den skal træffe afgørelse om, hvorvidt TP er forpligtet til at yde erstatning til J.K. som følge af forskelsbehandling på grund af hans seksuelle orientering.

30. I henhold til EU-retten afhænger dette af, hvorvidt direktiv 2000/78 finder anvendelse. Såfremt J.K. kan påberåbe sig direktivets artikel 3 med henblik på at udelukke, at TP kan tage hensyn til hans seksuelle orientering som grundlag for afslaget på at indgå en aftale med ham, vil den forelæggende ret være forpligtet til at undlade at anvende artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling, når den skal træffe afgørelse i denne sag.

31. Det relevante spørgsmål er følgelig, hvorvidt afslaget på at indgå en aftale som følge af den seksuelle orientering hos en potentiel aftalepart er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, og nærmere bestemt hvorvidt en sådan aftale er et vilkår »for adgang til […] selvstændig erhvervsvirksomhed« som omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 1, litra a).

32. Som følge af den særlige situation, der gør sig gældende i denne sag, er artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 en relevant bestemmelse, der ligeledes kunne finde anvendelse.

33. Jeg vil foretage min bedømmelse som beskrevet i det følgende. Jeg vil først foretage en bedømmelse af, hvorvidt artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78 omfatter situationer som den foreliggende (under afsnit A). Jeg vil i denne forbindelse forklare, hvordan udtrykket selvstændig erhvervsvirksomhed, der anvendes i denne bestemmelse, skal fortolkes, og hvordan afgræsningen, såfremt det overhovedet er relevant, skal foretages fra begrebet levering af varer og tjenesteydelser. Jeg vil efterfølgende fremføre argumenter til støtte for, at indgåelsen af en individuel aftale er omfattet af udtrykket »vilkårene for adgang til […] selvstændig erhvervsvirksomhed« i artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78. Jeg vil i det følgende under afsnit B foretage en kort behandling af spørgsmålet om, hvorvidt direktivets artikel 3, stk. 1, litra c), finder anvendelse i denne sag, idet den forelæggende ret ligeledes har påberåbt sig denne bestemmelse i sit spørgsmål, således som det er formuleret. Efter min konstatering af, at begge bestemmelser finder anvendelse, vil jeg foretage en bedømmelse af, hvorvidt den aftalefrihed, som er fastsat i artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling, kan give mulighed for, at anvendelsen af direktiv 2000/78 er udelukket (under afsnit C), og såfremt dette ikke er tilfældet, hvilke konsekvenser det vil have for artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling og den forelæggende rets forpligtelser i henhold til EU-retten (under afsnit D).

A. Anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78

34. Direktiv 2000/78 finder i henhold til artikel 3, stk. 1, litra a), anvendelse på »vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse«.

35. Denne bestemmelse omhandler følgelig udtrykkeligt selvstændige erhvervsdrivende. Ingen af parterne i den foreliggende forelæggelse har bestridt, at J.K. skal anses for at være selvstændig erhvervsdrivende. Hvad er da grunden til, at spørgsmålet om anvendelsesområdet for denne bestemmelse overhovedet opstår?

36. For det første, således som den forelæggende ret har foreslået i sin anmodning om præjudiciel afgørelse, er begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed«, således som det anvendes i direktiv 2000/78, endnu ikke blevet præciseret af Domstolen. Henset til, at dette direktiv ikke henviser til medlemsstaternes lovgivninger, skal dette begreb fortolkes som et selvstændigt EU-retligt begreb, hvis betydning og anvendelsesområde det således tilkommer Domstolen at efterprøve[3]. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse giver følgelig Domstolen en sådan mulighed.

37. For det andet har den polske regering gjort gældende, at selv såfremt J.K. er en selvstændig erhvervsdrivende, udgør indgåelsen af en aftale med en sådan person ikke et vilkår for adgang til selvstændig erhvervsvirksomhed.

38. Jeg vil følgelig indledningsvis forklare, hvorfor »selvstændig erhvervsvirksomhed« i direktiv 2000/78 efter min opfattelse omfatter levering af varer og tjenesteydelser, når der er tale om personligt arbejde, som den person, der udfører det, har investeret i sådanne varer eller tjenesteydelser. Jeg vil dernæst forklare, at for en selvstændig erhvervsdrivende er indgåelsen af en aftale med en person, som vedkommende skal udføre personligt arbejde for, et vilkår for adgang til selvstændig erhvervsvirksomhed. Begge forklaringer fører samlet til konklusionen om, at artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78 finder anvendelse i den situation, der gør sig gældende i den foreliggende sag.

[3] – Dom af 25.6.2020, A m.fl. (Vindmøller i Aalter og Nevele) (C-24/19, EU:C:2020:503, præmis 75).

1. Begrebet selvstændig erhvervsvirksomhed i direktiv 2000/78

39. Direktiv 2000/78 definerer ikke »selvstændig erhvervsvirksomhed«.

40. I den juridiske litteratur er det blevet bemærket, at selvstændig erhvervsvirksomhed ofte anvendes som en opsamlingskategori, der beskrives som »en form for begrebsmæssig affaldsdepot, hvor der ses bort fra alle de arbejdsforhold, der ikke passer ind i den (ofte snævre) ramme for ansættelser i over-/underordnelsesforhold« [4]. I forbindelse med en binær opdeling af arbejde er en person, der arbejder, følgelig enten ansat eller selvstændig erhvervsdrivende [5].

41. Men hvad hvis en persons beskæftigelse samtidig kan kategoriseres som levering af varer eller tjenesteydelser til andre? En person, der eksempelvis mod betaling påtager sig at rengøre en andens lejlighed eller at bage en kage til andres fødselsdagsfest, leverer en tjenesteydelse (rengøring) eller en vare (kage) som led i vedkommendes beskæftigelse. Såfremt det er den måde, som personerne i eksemplet tjener til livets opretholdelse, kan man samtidig betragte dem som selvstændige erhvervsdrivende og som leverandører af varer eller tjenesteydelser. Vi »køber« som modtagere af deres varer eller tjenesteydelser på samme tid deres arbejde og slutproduktet af dette arbejde.

42. Er disse leverandører i en sådan situation omfattet af begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed« som omhandlet i direktiv 2000/78?

43. Jeg vil forud for, at jeg går videre, kort forklare, hvorfor spørgsmål om afgrænsningen mellem selvstændig erhvervsvirksomhed og leveringen af varer og tjenesteydelser overhovedet opstår inden for rammerne af direktiv 2000/78.

44. Dette direktiv er et af de direktiver, der er vedtaget på grundlag af den nugældende artikel 19 TEUF [6], der tillægger Den Europæiske Union kompetence til at bekæmpe forskelsbehandling. Direktiv 2000/78 forbyder forskelsbehandling af en række grunde, herunder seksuel orientering [7]. Dette direktiv kan imidlertid ikke [8] og bekæmper heller ikke forskelsbehandling af disse grunde generelt. EU-lovgiver indskrænkede »slagmarken« for dette direktiv til området for »beskæftigelse og erhverv« [9].

45. Lige siden 2008 har forslaget til et andet direktiv været under udarbejdelse i EU-lovgivningsproceduren [10]. Dette direktiv vil, når (og såfremt) det vedtages [11], have til formål at bekæmpe forskelsbehandling af de samme ikke tilladte grunde som dem, der er omfattet af

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

5 – N. Countouris og V. De Stefano (ibidem) bemærker følgelig, at: »såfremt man ikke er en arbejdstager i en underordnet stilling, fordi ens arbejde ikke er genstand for kontrol eller udføres efter en arbejdsgivers instruktion, idet det ikke er integreret i en virksomhed, eller ikke afføder nogen særlig økonomisk risiko, da vil de fleste retssystemer helt enkelt antage, at denne person er selvstændig erhvervsdrivende«.

6 – Dette retsgrundlag blev indført i traktaterne ved Amsterdamtraktaten og var på det tidspunkt, hvor direktiv 2000/78 blev vedtaget, artikel 13 TEF.

7 – Som præciseret i artikel 1 i direktiv 2000/78 forbyder dette direktiv forskelsbehandling på grundlag af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

8 – Artikel 19 TEUF giver alene Unionen kompetence til at bekæmpe forskelsbehandling inden for rammerne af de beføjelser, der tillægges ved traktaterne.

9 – Jf. overskriften på direktiv 2000/78 og direktivets artikel 1.

10 – Forslag til Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering (KOM(2008) 426 endelig).

11 – Baggrunden for lovforslaget afspejler, at de vigtigste faktorer, der begrænser vedtagelsen af dette direktiv, er i) omkostningerne ved gøre det muligt for personer med handicap at få adgang til varer og tjenesteydelser uden forskelsbehandling og ii) subsidiaritet. Jf. i denne retning Rådet for Den Europæiske Union, statusrapport, nr. 14046/21, 23.11.2021.

direktiv 2000/78 på det beskrevne område, bl.a. området for »adgang til varer og tjenester«. Det er følgelig klart, at EU-lovgiver (endnu) ikke har reguleret »adgang til varer og tjenester« med henblik på at forbyde forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering.

46. Betyder den omstændighed, at dette lovgivningsforslag anvender ordlyden »adgang til varer og tjenester«, at muligheden udelukkes for at lade leverandører af varer eller tjenesteydelser, der er resultatet af deres personlige arbejde, være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78? Det gør det ikke efter min opfattelse.

47. Hverken udtrykket »beskæftigelse og erhverv« i direktiv 2000/78 eller udtrykket »adgang til varer og tjenester« i forslaget til det nye direktiv [12] forklares yderligere. Domstolen har endvidere ikke endnu defineret disse udtryk, herunder deres anvendelse i direktiv 2000/43 [13], der i modsætning til direktiv 2000/78 omfatter både »beskæftigelse og erhverv« og »adgang til og levering af varer og tjenesteydelser« [14].

48. Svaret på spørgsmålet om, hvorvidt en person, der udbyder vedkommendes arbejde i form af levering af varer og tjenester, er en selvstændig erhvervsdrivende som beskrevet i artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78, afhænger efter min opfattelse af fortolkningen af udtrykket »beskæftigelse og erhverv«, idet dette udtryk beskriver anvendelsesområdet for direktiv 2000/78. Såfremt leveringen af varer og tjenesteydelser, der er resultatet af personligt arbejde, på selvstændigt grundlag er omfattet af dette udtryk, er anvendelsen af ordlyden »adgang til varer og tjenester« i et lovgivningsforslag (uden nogen hensigt om at foregribe dets fortolkning) ikke til hinder for anvendelsen af direktiv 2000/78 for så vidt angår sådanne selvstændige erhvervsdrivende.

49. Hvad er følgelig omfattet af udtrykket »beskæftigelse og erhverv« (og hvad er ikke omfattet)?

a) »Beskæftigelse og erhverv«

50. Ifølge direktivets artikel 1 er formålet med direktiv 2000/78 at bekæmpe forskelsbehandling af de nævnte grunde for så vidt angår »beskæftigelse og erhverv«.

51. EU-lovgiver har ikke forklaret yderligere, hvorledes disse udtryk skal fortolkes. Adskillige betragtninger til direktiv 2000/78 giver visse indikationer. Fjerde betragtning til dette direktiv henviser til Den Internationale Arbejdsorganisations (ILO) konvention nr. 111, der selv anvender denne ordlyd. Denne konvention forbyder forskelsbehandling på området for beskæftigelse og erhverv fortolket således, at det omfatter »samtlige arbejdstagere«, herunder selvstændige erhvervsdrivende [15].

[12] – Jf. fodnote 10 til dette forslag til afgørelse.

[13] – Rådets direktiv 2000/43/EF af 29.6.2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (EUT 2000, L 180, s. 22).

[14] – Direktiv 2000/43, der forbyder forskelsbehandling på grundlag af race og etnisk oprindelse, blev ligeledes vedtaget på grundlag af den nugældende artikel 19 TEUF på omtrent det samme tidspunkt som direktiv 2000/78, hvilket gør anvendelsen af udtrykkene i disse to direktiver sammenlignelige.

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

52. Niende betragtning til direktiv 2000/78 forklarer, at »[b]eskæftigelse og erhverv er afgørende områder, når det gælder om at sikre lige muligheder for alle og bidrage effektivt til, at alle borgere kan deltage i fuldt omfang i det økonomiske, kulturelle og sociale liv, og til den personlige udvikling«.

53. Disse to betragtninger [16] tyder på, at direktiv 2000/78 har til formål at beskytte samtlige personer, der deltager i samfundslivet gennem deres arbejde.

54. Denne fortolkning støttes i retspraksis. Generaladvokat Richard de la Tour har i sit forslag til afgørelse i sagen HK/Danmark og HK/Privat anført, at »[d]ette direktiv har til formål af samfundsmæssige og almene interesser at afskaffe alle hindringer, der er begrundet i forskelsbehandling, for adgangen til levevej og evnen til at bidrage til samfundet gennem arbejde uanset den juridiske kvalificering af det arbejde, der er tale om« [17]. Dette synspunkt tilsluttede Domstolen sig i den nylige dom i sagen HK/Danmark og HK/Privat [18].

55. Jeg er fuldstændig enig i dette. Formålet med direktiv 2000/78 kan fortolkes således, at det har til formål at forbyde forskelsbehandling, der bl.a. er baseret på seksuel orientering, i en persons arbejdsliv [19]. Ved at lade området for »beskæftigelse og erhverv« være omfattet er dets formål at gøre det muligt for borgere at udvikle sig personligt og tjene til livets opretholdelse gennem deres arbejde.

56. Vigtigheden af arbejde for individuel selvudfoldelse anerkendes i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«). Chartrets artikel 15, stk. 1, bestemmer, at enhver har ret til at arbejde og til at udøve et frit valgt eller accepteret erhverv [20].

57. Direktiv 2000/78 har følgelig til formål at beskytte personer, der arbejder, mod forskelsbehandling, og direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), har til formål at sikre en adgang til arbejde uden forskelsbehandling.

16 – Jf. ligeledes begrundelse til forslag til Rådets direktiv om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. En del af denne begrundelse, der beskriver det, der senere blev til artikel 3 i direktiv 2000/78, angiver specifikt, at »[l]igebehandling med hensyn til adgang til lønnet beskæftigelse eller selvstændig beskæftigelse […] forudsætter afskaffelse af alle former for forskelsbehandling hidrørende fra enhver bestemmelse, som forhindrer enkeltpersoner i at få *adgang til en hvilken som helst form for beskæftigelse og erhverv*«. Min fremhævelse.

17 – Generaladvokat Richard de la Tours forslag til afgørelse HK/Danmark og HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, punkt 37).

18 – Dom af 2.6.2022, HK/Danmark og HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, præmis 34).

19 – Jf. i denne forbindelse den svenske sprogversion af direktiv 2000/78, der anvender udtrykket »arbejdsliv« (»arbetslivet«) i direktivets artikel 1 til at dække det engelske udtryk »beskæftigelse og erhverv« eller den franske formulering »emploi et travail«.

20 – Vigtigheden af arbejde i forbindelse med individuel selvudfoldelse er ligeledes blevet fremhævet i retspraksis. Generaladvokat Poiares Maduro har i sit forslag til afgørelse Coleman (C-303/06, EU:C:2008:61, punkt 11) anført, at »[a]dgang til arbejde og faglig udvikling er af fundamental betydning for enhver person, ikke kun som en måde at tjene til livets opretholdelse, men også som en vigtig måde at udfolde sig selv og udnytte sit potentiale«. Samme citat blev gentaget som vigtig for fastlæggelsen af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 af generaladvokat Sharpston i hendes forslag til afgørelse Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2019:922, punkt 44).

58. Hvordan skal »arbejde« da fortolkes med henblik på at fastlægge anvendelsesområdet for direktiv 2000/78? Den seneste retspraksis har bekræftet, at anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 skal fortolkes bredt [21], og at det ikke alene er begrænset til vilkårene for adgang til ansættelser, der er besat af »arbejdstagere« som omhandlet i artikel 45 TEUF [22].

59. I forbindelse med beskyttelse af personer, der arbejder, er direktiv 2000/78 ikke alene rettet mod »arbejdstagere« i den betydning, der anvendes i lovgivningen om fri bevægelighed eller den afledte ret vedtaget på grundlag af artikel 153 TEUF [23]. Selv såfremt direktiv 2000/78 går videre end begrebet »arbejdstagere« som omhandlet af artikel 45 TEUF, er sidstnævnte selvsagt ligeledes omfattet [24].

60. Det 21. århundrede kræver en bredere forståelse af en person, der arbejder [25]. Nu om dage er en person, der arbejder, en, der investerer sin egen tid, viden, evner, energi og ofte entusiasme med henblik på at levere en tjenesteydelse eller skabe et produkt for andre og ikke for sig selv, for hvilket vedkommende (i princippet) loves vederlag for.

61. Direktiv 2000/78 har til formål at bane vej for alt arbejde uden forskelsbehandling, der udføres som en måde at tjene til livets opretholdelse på, i alle de forskellige former, som dette arbejde kan tilbydes. I en sådan fortolkning af formålet i direktiv 2000/78 er der, som jeg vil forklare under den følgende overskrift, ingen begrundelse for at udelukke selvstændigt arbejde, der består i levering af varer eller tjenesteydelser organiseret i en hvilken som helst mulig retlig form fra dets anvendelsesområde.

b) Diversiteten i arbejde, og hvorfor leveringen af varer eller tjenesteydelser ikke kan udelukkes fra direktiv 2000/78

62. Arbejde henviser til både aktiviteten og resultatet af denne aktivitet [26]. For anvendelsen af lovgivningen om ikkeforskelsbehandling på området for »beskæftigelse og erhverv« gør det ikke nogen forskel, hvorvidt en arbejdstager overgiver resultatet af vedkommendes arbejde til modtageren på forhånd, således som det sker i et klassisk ansættelsesforhold, eller udbyder det som en vare eller tjenesteydelse til modtagerne bagefter. I begge tilfælde tjener arbejdstageren til livets opretholdelse og deltager i et samfund ved at investere vedkommendes personlige arbejde.

[21] – Dom af 23.4.2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, præmis 39) (herefter »LGBTI-dommen«). Jf. ligeledes generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i denne sag (C-507/18, EU:C:2019:922, punkt 42). Domstolen gentog i dom af 2.6.2022, HK/Danmark og HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, præmis 27), at udtrykkene »beskæftigelse«, »selvstændig erhvervsvirksomhed« og »erhvervsmæssig beskæftigelse« skal fortolkes bredt, idet det på grundlag af en sammenligning klart fremgår, at de forskellige sprogversioner af artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78 anvender generelle udtryk.

[22] – Dom af 2.6.2022, HK/Danmark og HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, præmis 29). Jf. ligeledes den nævnte doms præmis 28, hvor Domstolen fastslog at »[u]d over den omstændighed, at den nævnte bestemmelse udtrykkeligt omhandler selvstændig erhvervsvirksomhed, følger det ligeledes af udtrykkene »lønnet beskæftigelse« og »erhvervsmæssig beskæftigelse«, forstået i deres sædvanlige betydning, at EU-lovgiver ikke har haft til hensigt at begrænse anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 til stillinger, der besættes af en »arbejdstager« som omhandlet i artikel 45 TEUF«.

[23] – For så vidt angår udviklingen af begrebet »arbejdstager« på det indre marked og den afledte EU-ansættelsesret i Domstolens praksis jf. N. Countouris, »The Concept of »Worker« in European Employment law: Fragmentation, Autonomy and Scope«, *Industrial Law Journal*, 2018, s. 192-225, og I. Goldner Lang, »Sloboda kretanja radnika«, i T. Ćapeta og I. Goldner Lang (red.), *Pravo unutarnjeg tržišta Europske unije*, Narodne Novine, Zagreb, 2021, s. 77-110.

[24] – Jf. i denne forbindelse generaladvokat Richard de la Tours forslag til afgørelse HK/Danmark og HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:29, punkt 35).

[25] – Jf. i denne forbindelse A. Supiot, »Homo faber: continuités et ruptures«, i A. Supiot (red.), *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT*, éditions de l'Atelier, Paris, 2019, s. 15-41.

[26] – Jf. ligeledes i denne forbindelse A. Supiot, »Homo faber: continuités et ruptures«, i A. Supiot (red.), *Le travail au XXIe siècle, Livre du centenaire de l'OIT*, éditions de l'Atelier, Paris, 2019, s. 15-41, på s. 17, M.A. Dujarier, *Troubles dans le travail, Sociologie d'une catégorie de pensée*, PUF, Paris, 2021, s. 365 og 366.

63. Det samme arbejde kan leveres i mange forskellige former, selv om en traditionel ansættelse forstået som arbejde på fuld tid, tidsubegrænset og som i et underordnet og bilateralt ansættelsesforhold [27], fortsat udgør den mest almindelige model. Ikkestandardmæssige former for arbejde er imidlertid steget [28], hvilket har ført til en fragmentering af arbejdsmarkedet [29] og af nye udfordringer til lovgivningen [30].

64. En person kan tjene til livets opretholdelse udelukkende for en eller for flere »arbejdsgivere«, i længere eller kortere perioder, på deltid eller alene sæsonmæssigt; ét sted eller flere steder, med anvendelse af vedkommendes egne arbejdsredskaber eller andres. Arbejde kan tilsvarende aftales på grundlag af tid (eksempelvis 20 timer om måneden) eller på grundlag af de opgaver, der skal udføres (eksempelvis at male seks vægge hvide) [31].

65. Der findes følgelig forskellige måder, som en person kan udføre det samme arbejde på. Dette betyder også, at det samme arbejde kan leveres i henhold til forskellige retsforskrifter. De retsforskrifter, der finder anvendelse for en særlig type af arbejde, kan variere fra en medlemsstat til en anden.

66. Disse forskellige retsforskrifter bør følgelig ikke være relevante for anvendelsen af direktiv 2000/78. Det, der er vigtigt for dets anvendelse, er, at en person udfører *personligt arbejde*, uanset den retlige form, som arbejdet udføres i.

67. Tanken om »personligt arbejde« er blevet udviklet på det arbejdsretlige område som en reaktion på fragmenteringen af arbejde, som har ført til, at mange personer ikke er beskyttet af arbejdsretten, idet de ikke er omfattet af den konventionelle fortolkning af en arbejdstager [32]. Personligt arbejde er følgelig blevet foreslået som et kriterium for fastlæggelsen af, hvilke arbejdstagere der er, og hvilke arbejdstagere der ikke er, beskyttet af arbejdstageres rettigheder.

68. Imidlertid har advokaterne på det arbejdsretlige område en tendens til at lade samtlige arbejdstagere, der personligt leverer tjenesteydelser, være omfattet af arbejdsrettens anvendelsesområde, men at udelukke personer, der »reelt driver en virksomhed for egen regning« [33].

27 – Dette er således, som »ikkestandardmæssig« former er beskrevet i en undersøgelse foretaget af ILO af ikkestandardmæssige arbejdsformer. Jf. *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, ILO, Genève, 2016, s. 7. Jf. ligeledes kortet på s. 52 i denne undersøgelse.

28 – Ibidem.

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

30 – J. Fudge, »Blurring Legal Boundaries: Regulating for Decent Work«, i J. Fudge, S. McCrystal og K. Sankaran, *Challenging the legal boundaries of work regulation*, Hart, Oxford, 2012, s. 1-26, V. De Stefano og A. Aloisi, *European Legal framework for digital labour platforms*, Europa-Kommissionen, Luxembourg, 2018.

31 – H. Collins forklarer, at personligt arbejde kan være baseret på en aftale om levering af timer eller på en aftale om udførelsen af opgaver. Set ud fra et økonomisk perspektiv kan der være forskellige grunde, der for det meste er knyttet til fordelingen af risici, til, at der aftales en særlig form for arbejde. Jf. i denne henseende H. Collins »Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment«, *Oxford Journal of Legal Studies*, bind 10(3), 1990, s. 362.

32 – Jf. for så vidt angår tanken om personligt arbejde eksempelvis M. Freedland og N. Countouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, OUP, Oxford, 2011, s. 5 og 42, A. Supiot, »Towards a European policy on work«, i N. Countouris og M. Freedland (red.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, CUP, Cambridge, 2013, s. 19-35, på s. 35, N. Countouris og V. De Stefano, *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bruxelles, 2019, s. 64.

33 – En sådan definition af en personlig arbejdsrelation blev foreslået af N. Countouris og V. De Stefano i *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Bruxelles, 2019, s. 65: »Tanken om en »personlig arbejdsrelation« kan anvendes til at definere det personelle anvendelsesområde for ansættelsesretten, således at den finder anvendelse for enhver person, der beskæftiges af en anden med henblik på at levere arbejdskraft, medmindre denne person reelt driver en virksomhed for egen regning.«

69. Efter min opfattelse bør de EU-retlige regler om forbud mod forskelsbehandling støtte sig på en endnu bredere opfattelse af personligt arbejde, der ikke udelukker virksomheder [34], såfremt en virksomhedsejer udfører sit arbejde personligt.

70. Grunden til dette følger af de forskellige formål med bestemmelserne om ikkeforskelsbehandling og de arbejdsretlige bestemmelser.

71. Arbejdsretten (med artikel 153 TEUF som sit retsgrundlag i Unionen) har til formål at beskytte en arbejdstager mod en person, som vedkommende leverer varer eller tjenesteydelser til, ud fra antagelsen om, at vedkommende befinder sig i en underordnet og følgelig svagere position i et sådant arbejdsforhold.

72. Direktiv 2000/78, der blev vedtaget på grundlag af den retsforskrift, der i dag er artikel 19 TEUF, har et andet formål [35]. Det er et instrument, der skaber lige muligheder for alle til at arbejde. Denne lighed i muligheder kræver, at en persons adgang til arbejde ikke begrænses af bl.a. vedkommendes seksuelle orientering. Gennemførelsen af direktiv 2000/78 bør følgelig føre til et resultat, hvor enhver person eller ethvert selskab, der ønsker at gøre brug af en potentiel leverandør af dette arbejde, bliver »blind« for de karaktertræk hos denne, som det er forbudt at forskelsbehandle ud fra, herunder vedkommendes seksuelle orientering.

73. Dette er grunden til, at leveringen af varer og tjenesteydelser som en form for personligt arbejde ikke kan udelukkes fra anvendelsesområdet for direktiv 2000/78.

74. Lad mig præcisere min opfattelse på grundlag af et eksempel. En kvinde med IT-færdigheder kan eksempelvis skabe software, der anvender maskinlæringsalgoritmer. Den første mulighed for, at hun kan opnå et arbejde, som hun er egnet til, er en ansættelse på grundlag af en aftale om fuldtidsansættelse hos et softwareudviklingsselskab.

75. Det kan imidlertid tænkes, at hun synes, at det er utilfredsstillende kun at arbejde for et selskab, og hun kan følgelig beslutte at tilbyde det samme arbejde som selvstændig erhvervsdrivende til flere selskaber. Hun kan eksempelvis forsøge at etablere et fast forhold med et selskab med henblik på at være sikker på at opnå et fast vederlag. Dette kan finde sted på grundlag af en aftale om levering af nærmere angivne varer og tjenesteydelser (eksempelvis ved at skabe skræddersyede maskinlæringsalgoritmer, vedligeholdelse af selskabets software og uddannelse af dets personale i, hvordan det anvendes). En sådan aftale kan blive indgået for en nærmere angivet periode på eksempelvis et år og fornys årligt. Hun kan samtidig forsøge at finde andre selskaber, der efterspørger hendes arbejde. Det kan tænkes, at hun med de andre selskaber eller personer forsøger kun at indgå en specifik aftale om at udvikle de maskinlæringsalgoritmer, som de ønsker.

76. Hun vil følgelig som en selvstændig erhvervsdrivende have adskillige former for aftaleforhold. Den første slags er baseret på aftalen om tjenesteydelser, hvor hun udbyder et vist antal timer om måneden eller om året, og de andre slags er baserede på aftaler om slutproduktet, navnlig software, der er tilpasset en særlig kundes behov. Alt det arbejde, der er beskrevet ovenfor, kan

[34] – Jf. ligeledes i denne retning C. Barnard, der forklarer, at der ligeledes er dem, der vil anføre, at henvisningen til »selvstændig« på området for lovgivningen om ligebehandling ligefrem omfatter uafhængige selvstændige erhvervsdrivende (iværksættere). Jf. *EU Employment Law*, OUP, Oxford, 2012, 4. udg., s. 348.

[35] – I dom af 2.6.2022, HK/Danmark og HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, præmis 34), fastslog Domstolen følgende: »Som generaladvokaten har anført i punkt 37 i forslaget til afgørelse, er direktiv 2000/78 derfor ikke en afledt EU-retsakt som dem, der bl.a. er baseret på artikel 153, stk. 2, TEUF, som alene har til formål at beskytte arbejdstagere som den svageste part i et arbejdsforhold […]«

være baseret på aftaler om varer eller tjenesteydelser, der er indgået individuelt med den omhandlede IT-ekspert. Den samme IT-ekspert kan imidlertid ligeledes beslutte sig for at stifte et selskab og sælge sit arbejde gennem dette selskab.

77. Flere på hinanden følgende individuelle aftaler om tjenesteydelser med det samme selskab kan eksempelvis være forbudt i visse medlemsstater. Dette kan ligefrem være resultatet af gennemførelsen af de EU-retlige forskrifter på det arbejdsretlige område, der har til formål at sikre arbejdstagere mere sikre tidsubegrænsede ansættelseskontrakter[36]. IT-eksperten i eksemplet ønsker imidlertid ikke at blive ansat. Det selskab, som vedkommende arbejder for på grundlag af flere på hinanden følgende etårige aftaler om tjenesteydelser, har heller ikke noget incitament til at ansætte hende, men ønsker på den anden side at fortsætte med at arbejde med hende. I denne situation kan IT-eksperten beslutte at stifte sit eget selskab. Vedkommende vil følgelig kunne fortsætte med at udbyde sit arbejde til dette samme selskab gennem sit eget selskab uden at udløse anvendelsen af lovgivning, der forbyder flere på hinanden følgende tidsbegrænsede aftaler om tjenesteydelser.

78. I samtlige af de variationer, der er beskrevet i ovennævnte eksempel, udfører IT-eksperten den samme type arbejde, og de selskaber eller personer, som hun indgik aftalerne med, fik opfyldt det samme behov for arbejde.

79. Der er imidlertid argumenter til støtte for, at den aftale, der indgås med hende personligt, faktisk udgør en form for selvstændig erhvervsvirksomhed, mens dette ikke er tilfældet for så vidt angår den aftale, der er indgået med hendes selskab, fordi det består i en levering af varer eller tjenesteydelser. I det første tilfælde køber den potentielle »arbejdsgiver« hendes »arbejde« og i det andet hendes »varer« eller »tjenesteydelser«.

80. Er der virkelig i lyset af direktiv 2000/78, der har til formål at beskytte personers ret til at deltage i samfundslivet og tjene til livets opretholdelse gennem deres personlige arbejde, nogen forskel? Et selskab, der afslår at indgå en aftale med den hypotetiske IT-ekspert, som følge af, at vedkommende er homoseksuel (eller tilhører en særlig religion eller er for gammel eller for ung), eller som følge af, at vedkommende besidder nogle andre karaktertræk, der ikke har noget at gøre med vedkommendes evne til at frembringe maskinlæringssoftware, hindrer vedkommendes adgang til det pågældende job og begrænser følgelig vedkommendes adgang til arbejde.

81. Det er ikke et problem at acceptere, at en sådan forskelsbehandling ikke skal være tilladt, såfremt vedkommende søger at opnå en traditionel ansættelse. Hvorfor skulle det samme så ikke gælde i samtlige andre situationer, hvor vedkommende bliver tilbudt arbejde på grundlag af aftaler om varer og tjenesteydelser, der er indgået med vedkommende personligt, eller på grundlag af aftaler om varer eller tjenesteydelser, der indgås med vedkommendes selskab, som sikrer vedkommende personligt arbejde?

82. Hvis man ser på spørgsmålet som den person, der udfører arbejdet, og det selskab, der erhverver vedkommendes personlige arbejde, er der ikke i det væsentlige nogen forskel. Hun udfører arbejde, som andre har brug for. Den omstændighed, at visse af disse situationer udelukkes fra anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, der har til formål uden

[36] – § 5 i rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse af 18.3.1999, der findes som bilag til Rådets direktiv 1999/70/EF af 28.6.1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP (EFT 1999, L 175, s. 43).

forskelsbehandling at give adgang til at tjene til livets opretholdelse og gøre det muligt at bidrage til samfundet ved arbejde, uanset i hvilken juridisk form dette foregår [37], forekommer mig at være i strid med formålene med dette direktiv.

83. Det gør ingen forskel for så vidt angår anvendelsen af lovgivningen om forbud mod forskelsbehandling, om en person, der udfører arbejdet, samtidig er en virksomhed og følgelig befinder sig i en horisontal frem for en underordnet position i forhold til en potentiel »arbejdsgiver« [38]. I visse retssystemer skal selvstændige erhvervsdrivende i hvert fald inden for visse erhverv trods alt lade sig registrere som en virksomhed eller har i det mindste normalt organiseret sig på denne måde.

84. Et sådant eksempel er handelsagenter. Forholdet mellem handelsagenter og deres agenturgivere er et business to business-forhold. I hovedparten af sagerne er handelsagenter imidlertid selvstændige erhvervsdrivende, der samtidig er eneejere af en virksomhed eller en SMV (små og mellemstore virksomheder) [39]. Kan en potentiel agenturgiver afslå at indgå en aftale med en handelsagent alene som følge af, at vedkommende har en særlig seksuel orientering? Ville et sådant afslag ikke blive omfattet af direktiv 2000/78?

85. Såfremt den personlige levering af varer og tjenesteydelser er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, ville dette endelig gøre det muligt for selskaber eller personer, der ønsker arbejde udført, at omgå forbuddet mod forskelsbehandling ved at vælge at »købe« varer eller tjenesteydelser frem for at ansætte tjenesteyderen. Dette ville, således som J.K. og Kommissionen har gjort gældende, være i strid med dette direktivs effektive virkning.

86. Såfremt forskelsbehandling skal forbydes af de nævnte grunde for så vidt angår adgang til arbejde, kan leveringen af varer og tjenesteydelser følgelig ikke udelukkes fra begrebet selvstændig erhvervsvirksomhed i artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78, så længe en leverandør udbyder vedkommendes personlige arbejde med henblik på at tjene til livets opretholdelse.

87. Som det fremgår af denne sags omstændigheder, havde TP brug for redigeringstjenester. Denne TV-station var af grunde, der ikke er oplyst nærmere (det kan være, at det ville have været billigere), af den opfattelse, at det var at foretrække at købe redigeringstjenester fra en selvstændig erhvervsdrivende frem for at ansætte en person. Det kan tænkes, at der ville være blevet foretaget en anden beregning for en anden TV-station – det kunne være billigere eller betragtes som mindre risikofyldt at ansætte en deltids- eller fuldtidsansat redaktør. Jeg kan ikke finde nogen rimelig grund til, hvorfor direktiv 2000/78 skulle fortolkes således, at det forbyder en TV-station at tage hensyn til seksuel orientering, når der skal ansættes en redaktør, og ikke når der skal indgås aftale om vedkommendes tjenester, direkte eller gennem vedkommendes selskab. Set fra både TV-stationens og redaktørens synsvinkel er situationen i det væsentlige den samme: TV-stationen erhverver de redigeringstjenester, som den har brug for, og redaktøren udbyder sit personlige arbejde.

[37] – Jf. punkt 54 i dette forslag til afgørelse og den deri nævnte retspraksis.

[38] – Dette betyder ikke, at den omstændighed ikke spiller en rolle inden for andre områder af EU-retten som eksempelvis konkurrenceretten. Jf. i denne forbindelse dom af 4.12.2014, FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411).

[39] – Jf. i denne forbindelse arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene, Evaluation of Directive 86/653 (REFIT Evaluation), SWD(2015) 146 final, 16.7.2015.

Foreløbig konklusion

88. Udtrykket »selvstændig erhvervsvirksomhed« omfatter, således som det anvendes i direktiv 2000/78, leveringen af varer og tjenesteydelser, når leverandøren udfører dette arbejde personligt. I denne situation kan en potentiel modtager af varer eller tjenesteydelser ikke afslå at underskrive en aftale på grundlag af leverandørens seksuelle orientering.

2. Udgør indgåelsen af en individuel aftale »vilkårene for adgang til […] selvstændig erhvervsvirksomhed« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78?

89. Den polske regering har anført, at et afslag på at indgå en individuel aftale om tjenesteydelser ikke er omfattet af begrebet »vilkårene for adgang til […] selvstændig erhvervsvirksomhed« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78. Vilkårene for adgang til selvstændig erhvervsvirksomhed omhandler alene de generelle betingelser for udøvelsen af visse erhverv. Denne regel vedrører, således som den polske regering har forklaret i retsmødet, alene regulerede erhverv. I den foreliggende sag er der ingen offentligretlig regel, der forhindrer J.K. i at udbyde sine redigeringstjenester. Der er følgelig ingen barriere for hans adgang til denne beskæftigelse. En individuel beslutning, der træffes af en potentiel modtager af en tjenesteydelse, er følgelig ikke et vilkår »for adgang til […] selvstændig erhvervsvirksomhed«. En sådan beslutning er i stedet omfattet af en persons frihed til at vælge, med hvem der skal indgås en aftale.

90. J.K., den belgiske, den nederlandske og den portugisiske regering samt Kommissionen er af den opfattelse, at artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78 finder anvendelse for så vidt angår afslaget på at indgå en aftale med en selvstændig erhvervsdrivende på grundlag af seksuel orientering.

91. Domstolen fik mulighed for at præcisere begrebet »vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse« i artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78 i LGBTI-dommen [40], som er en sag, der ligeledes omhandlede forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering. Domstolen forklarede først, at udtrykket skal fortolkes i overensstemmelse med dets sædvanlige betydning i almindelig sprogbrug, idet der skal tages hensyn til den kontekst, hvori det anvendes, og de mål, der forfølges med den lovgivning, som det udgør en del af [41]. Den konkluderede på dette grundlag, at vilkårene for adgang omhandler »omstændigheder eller forhold, der nødvendigvis skal være til stede, for at en person kan opnå en bestemt lønnet beskæftigelse eller erhvervsmæssig beskæftigelse« [42].

92. Selv om Domstolen alene henviste til adgang til lønnet beskæftigelse i LGBTI-dommen, finder det samme ligeledes anvendelse for så vidt angår »vilkårene for adgang til […] selvstændig erhvervsvirksomhed«, henset til, at artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78 samtidig henviser til lønnet beskæftigelse, selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse. Følgelig omfatter vilkårene for adgang til selvstændig erhvervsvirksomhed omstændigheder eller forhold, der skal fastlægges med henblik på, at en person kan sikre sig et bestemt job som selvstændig erhvervsdrivende.

[40] – Præmis 39.

[41] – LGBTI-dommens præmis 32.

[42] – LGBTI-dommens præmis 33.

93. En selvstændig erhvervsdrivende begynder et job ved indgåelsen af en aftale om tjenesteydelser eller en tilsvarende civilretlig aftale. Såfremt den potentielle modtager af en selvstændig erhvervsdrivendes tjenester betinger adgangen til et job af, at den person, der leverer tjenesterne, ikke er homoseksuel, er det klart, at en person med denne seksuelle orientering ikke kan opnå det pågældende arbejde.

94. Såfremt et afslag på at indgå en aftale om ansættelse med en person som følge af vedkommendes seksuelle orientering i en situation med konventionel ansættelse følgelig er forbudt i henhold til artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78, da skal et afslag på at indgå en aftale om tjenesteydelser eller en tilsvarende aftale med en selvstændig erhvervsdrivende som følge af vedkommendes seksuelle orientering ligeledes være forbudt i henhold til denne bestemmelse, der henviser til både lønnet beskæftigelse og selvstændig erhvervsvirksomhed.

95. Jeg vil endelig tage stilling til et yderligere spørgsmål, der blev drøftet i retsmødet. Vil artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78 finde anvendelse selv i en hypotetisk situation, hvor en selvstændig erhvervsdrivende, som eksempelvis J.K., ikke havde et langvarigt forudgående arbejdsforhold, men havde ansøgt om jobbet for første gang og fik afslag på indgåelsen af en aftale som følge af vedkommendes seksuelle orientering? Gør kontinuiteten i arbejdet en forskel?

96. J.K. og Kommissionen er af den opfattelse, at det ikke gør nogen forskel, om der er tale om en førstegangsansøgning. Den polske regering har fastholdt dens tidligere opfattelse, hvorefter individuelle afgørelser af denne art ikke er omfattet af begrebet »vilkårene for adgang til […] selvstændig erhvervsvirksomhed«.

97. Jeg er enig med J.K. og Kommissionen. Den situation, der er omfattet af litra a), er adgangen til arbejde. Forudgående arbejdsforhold er ikke knyttet til ansøgning om et job og indgåelsen af en aftale. Det er med andre ord ikke således, at afslaget på at indgå aftalen i hovedsagen er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78, idet J.K. havde forudgående aftaler med TP, men derimod snarere fordi han blev nægtet adgang til nyt arbejde ved TP's afslag på at indgå en ny aftale med ham.

Foreløbig konklusion

98. Et afslag på at indgå en individuel aftale om tjenesteydelser med en selvstændig erhvervsdrivende, der er motiveret af denne persons seksuelle orientering, er omfattet af udtrykket »vilkårene for adgang til […] selvstændig erhvervsvirksomhed«, der er fastsat i artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78.

B. Anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78

99. Under de i den foreliggende sags særlige omstændigheder vil et afslag på at indgå en aftale med J.K. alene på grundlag af hans seksuelle orientering ikke alene forhindre hans adgang til et nyt job, men ligeledes bringe hans arbejdsforhold på syv år med TP til ophør. Efter min opfattelse finder artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 følgelig ligeledes anvendelse i den foreliggende sag.

100. Den polske regering har anført, at artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 ikke kan finde anvendelse, dels fordi selvstændig erhvervsvirksomhed ikke udtrykkeligt er nævnt i denne bestemmelse, og dels fordi selvstændige erhvervsdrivende under alle omstændigheder ikke kan blive »afskediget«.

101. Efter min opfattelse komplementerer artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 samme bestemmelses litra a). Mens sidstnævnte finder anvendelse for adgang til arbejde, finder førstnævnte anvendelse for vilkårene for arbejde, herunder hvordan det bringes til ophør. Den manglende henvisning til selvstændig erhvervsvirksomhed i litra c) skal følgelig tilskrives uklar udformning af lovgivningen frem for lovgivers hensigt om at udelukke selvstændige erhvervsdrivende. Mens navnlig litra a) i artikel 3, stk. 1, henviser til både det personelle og materielle anvendelsesområde for direktiv 2000/78, henviser litra c) alene til dets materielle anvendelsesområde.

102. Det er endvidere korrekt, at selvstændige erhvervsdrivende ikke kan blive afskediget, såfremt ordet afskedigelse alene bliver anvendt i forhold til lønnet beskæftigelse. Dette er imidlertid irrelevant. Artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 henviser til afskedigelse som eksempel på, hvad der forstås ved udtrykket »ansættelses- og arbejdsvilkår«. Denne bestemmelse finder anvendelse for samtlige betingelser for arbejde og dets ophør [43].

Foreløbig konklusion

103. En situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor en selvstændig erhvervsdrivende allerede har etableret et arbejdsforhold med modtageren af tjenesteydelserne, der afslår at indgå en ny aftale alene som følge af vedkommendes seksuelle orientering, er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78.

C. Kan aftalefrihed påberåbes som begrundelse for forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering?

104. Et andet spørgsmål, der antydes i anmodningen om præjudiciel afgørelse, er, hvorvidt aftalefrihed fortolket som en ret til frit at vælge en aftalepart, således som det er fastsat i artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling, kan påberåbes af TP som en begrundelse for udelukkelsen af anvendelsen af direktiv 2000/78.

105. Direktiv 2000/78 bestemmer i direktivets artikel 2, stk. 5, at nationale foranstaltninger undtagelsesvist kan udelukke anvendelsen af dette direktiv, såfremt de bl.a. er nødvendige for at beskytte andres rettigheder og friheder. Domstolen har forklaret, at denne bestemmelse, som er en undtagelse til princippet om forbud mod forskelsbehandling, skal fortolkes strengt [44].

[43] – Jeg skal yderligere fremhæve, at Domstolen i en anden kontekst, der vedrører fri bevægelighed og borgeres rettigheder baseret på Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (EUT 2004, L 158, s. 77), allerede har anerkendt, at en situation, hvor en selvstændig erhvervsdrivendes arbejde uforskyldt bringes til ophør, kan sidestilles med en uforskyldt afskedigelse af en arbejdstager. Jf. dom af 20.12.2017, Gusa (C-442/16, EU:C:2017:1004, præmis 43), og af 11.4.2019, Tarola (C-483/17, EU:C:2019:309, præmis 48).

[44] – Jf. i denne retning dom af 13.9.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 56).

106. Kan artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling fortolkes som en foranstaltning, der er nødvendig for beskyttelsen i et demokratisk samfund af friheden for andre, således som det er fastsat i artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78?

107. Artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling sikrer friheden til at vælge en aftalepart. Ifølge denne bestemmelse kan denne frihed indskrænkes med henblik på at hindre forskelsbehandling på grundlag af køn, race, etnisk oprindelse eller nationalitet. Begrænsningen af aftalefrihed er imidlertid ikke beskrevet i en situation, hvor et valg resulterer i forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering. Det er følgelig tilladt at basere en beslutning om at indgå en aftale på en potentiel aftaleparts seksuelle orientering i henhold til denne lovgivning.

108. Anvendelsen af artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78, som er en bestemmelse i national ret, der tillader forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, er ikke i strid med dette direktiv, såfremt det er nødvendigt for at sikre aftalefriheden.

109. Indledningsvis, og inden jeg foretager nogen form for prøvelse af forholdsmæssigheden, skal jeg give udtryk for et problem, som jeg oplever i forhold til afvejningsspørgsmålet. Kan tilladelse til at forskelsbehandle på grundlag af nogle af de forbudte grunde overhovedet være en del af aftalefriheden i et samfund, der er baseret på et princip om ligebehandling [45]?

110. Såfremt det imidlertid kan accepteres, at aftalefriheden er begrænset ved forbuddet mod forskelsbehandling af de grunde, der er nævnt i direktiv 2000/78, fører en konventionel bedømmelse af forholdsmæssigheden til en konklusion om, at det ikke er nødvendigt at tillade forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering med henblik på at beskytte aftalefriheden i et demokratisk samfund.

111. En genvej til en konklusion om, at artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling ikke er nødvendig i et demokratisk samfund med henblik på beskyttelse af aftalefriheden, er at fremhæve, at denne bestemmelse allerede forbyder forskelsbehandling på grundlag af køn, race eller etnisk oprindelse i forbindelse med valget af en aftalepart. Dette viser i sig selv, at den polske lovgiver ikke opfatter friheden til at forskelsbehandle som nødvendig for at sikre aftalefrihed i et demokratisk samfund.

112. Måden at afveje to grundlæggende rettigheder er at bedømme, hvorvidt en af dem er blevet begrænset uforholdsmæssigt. Henset til, at aftalefriheden i henhold til artikel 2, stk. 5, i direktiv 2000/78 anvendes som begrundelse for at fravige dette direktiv, kræver dette paradoksalt nok, at bedømmelsen vendes om. Spørgsmålet er, hvorvidt aftalefriheden er blevet indskrænket

[45] – I de seneste domme fra Domstolen (plenum) har den forklaret, at de værdier, der er nævnt i artikel 2 TEU, herunder ligebehandling, er en integrerende del af selve Den Europæiske Unions identitet (dom af 16.2.2022, Ungarn mod Parlamentet og Rådet, C-156/21, EU:C:2022:97, præmis 232, og af 16.2.2022, Polen mod Parlamentet og Rådet, C-157/21, EU:C:2022:98, præmis 264). Selve formålet i direktiv 2000/78 er at omdanne værdien af ligebehandling til en realitet ved at give forbuddet mod forskelsbehandling virkning, således som det kommer til udtryk i chartrets artikel 21. Lige siden dom af 8.4.1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56), repræsenterer ligebehandling en social model, som Den Europæiske Union sigter mod at opnå. McCrudden forklarer eksempelvis, at når ligebehandling fortolkes som et rettighedsbeskyttende begreb, har princippet om ligebehandling særlig betydning i forbindelse med at vise, at målene for Den Europæiske Union går videre end økonomiske mål og omfatter beskyttelsen af den europæiske sociale model. Jf. C. McCrudden, »The New Concept of Equality«, ERA, 2003, s. 18. Jf. ligeledes L. Waddington, »Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination«, *Industrial Law Journal*, 1999, s. 133-151, s. 134, hvor det anføres, at inddragelsen af artikel 13 TEF ikke primært var drevet af ønsket om at bekæmpe forskelsbehandling af økonomiske grunde, men snarere at bringe Europa »nærmere til borgerne«.

forholdsmæssigt ved direktiv 2000/78. Såfremt dette viser sig ikke at være tilfældet, kan der drages den konklusion, at anvendelsen af national ret, der beskytter denne frihed, som begrundelse (aftalefrihed) ikke er nødvendig i et demokratisk samfund [46].

113. Bedømmelsen i den foreliggende sag skal i lyset heraf foretages som følger. Udgangspunktet er, at den rettighed, der gives som begrundelse, hvilket i dette tilfælde er aftalefriheden, ikke er en absolut ret [47]. Den kan være begrænset i loven med henblik på at opnå socialt acceptable mål, forudsat at selve essensen af denne rettighed ikke berøres, og begrænsningen står i forhold til (er egnet og nødvendig for) de mål, der forfølges.

114. Kravet om, at en begrænsning i aftalefriheden er lovbestemt, er opfyldt, henset til, at den er fastsat i et EU-direktiv.

115. Formålet med direktiv 2000/78 er for det andet at gøre ligebehandling på området for »beskæftigelse og erhverv« til en realitet i samtlige EU-medlemsstater. Dette direktiv bidrager ligeledes til opnåelsen af de øvrige mål, der er fastsat i traktaterne. Ifølge 11. betragtning til direktivet gælder, at »[f]orskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering kan hindre […] opnåelsen af et højt beskæftigelsesniveau og et højt socialt beskyttelsesniveau, højnelse af levestandarden og livskvaliteten, økonomisk og social samhørighed og solidaritet samt fri bevægelighed for personer«. Følgelig begrænser direktiv 2000/78 aftalefriheden med henblik på opnåelsen af ligebehandling og andre vigtige mål i Den Europæiske Union, som er lovlige mål.

116. Dette direktiv begrænser for det tredje alene friheden til at vælge aftaleparter ved at udelukke muligheden for, at dette valg er baseret på en af de nævnte grunde. Det er ikke til hinder for, at arbejdsgivere eller andre i en tilsvarende position vælger den bedst egnede person til jobbet. 17. betragtning til direktiv 2000/78 forklarer i denne henseende, at direktivet ikke kræver »ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling […]«. Dette er efter min opfattelse kernen i aftalefriheden.

117. En beslutning om ikke at ansætte eller afskedige kan være baseret på forskellige grunde, der er relevante for det omhandlede job [48]. Følgelig berører forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af de nævnte grunde, når der skal træffes et valg om, med hvem der skal indgås en aftale, ikke kernen i aftalefriheden.

[46] – Domstolen foretog en tilsvarende afvejning mellem forbuddet mod forskelsbehandling som fastlagt i direktiv 2000/78 og ytringsfriheden, der er beskyttet ved chartrets artikel 11, i LGBTI-dommens præmis 47-57. Domstolen foretog en afvejning mellem forbuddet mod forskelsbehandling som omhandlet i direktiv 2000/78 i forhold til foreningsfriheden, der er beskyttet i chartrets artikel 12, i dom af 2.6.2022, HK/Danmark og HK/Privat (C-587/20, EU:C:2022:419, præmis 41-47).

[47] – Det er værd at påpege, at aftalefrihed ligeledes er blevet anerkendt af Unionens retsorden som en af de grundlæggende rettigheder som led i friheden til at oprette og drive egen virksomhed, der er sikret ved chartrets artikel 16. Jf. eksempelvis dom af 21.12.2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, præmis 79). Dette betyder for det første, at EU-lovgiver er underlagt en forpligtelse til at tage denne frihed i betragtning i forbindelse med gennemførelsen af lovgivningen om ikkeforskelsbehandling. For det andet er aftalefriheden, således som den fortolkes i Unionens retsorden, ikke absolut. Domstolen har helt i modsætning hertil fastslået, at friheden til at oprette og drive egen virksomhed, således som det er fastlagt i chartrets artikel 16, »undergives en række myndighedsindgreb, som af hensyn til den almene interesse kan sætte begrænsninger for udøvelsen af erhvervsvirksomhed«. Jf. i denne forbindelse dom af 22.1.2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 46); jf. ligeledes dom af 21.12.2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, præmis 80 og 81). For så vidt angår sidstnævnte punkt jf. ligeledes S. Weatherill, »Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of »freedom of contract««, *European Review of Contract Law*, 2014, s. 167-182.

[48] – Jf. eksempelvis for så vidt angår afskedigelse af en gravid kvinde i forbindelse med kollektiv afskedigelse dom af 22.2.2018, Porras Guisado (C-103/16, EU:C:2018:99, præmis 71).

118. Såfremt man endelig accepterer, at der gælder en begrænsning i aftalefriheden, er det ydermere nødvendigt at påvise, at en sådan begrænsning er egnet og nødvendig med henblik på at opnå de lovlige mål i direktiv 2000/78. Jeg vil indskrænke mig til at foretage en bedømmelse af proportionalitetsspørgsmålet for så vidt angår målet om at bekæmpe forskelsbehandling på området for beskæftigelse og erhverv, idet dette er det mål, der direkte er knyttet til retsgrundlaget for vedtagelsen af dette direktiv [49].

119. Ved at udelukke muligheden for at forskelsbehandle af grunde, der ikke er tilladte, og ved i direktivets artikel 17 at kræve, at medlemsstater fastsætter effektive og afskrækkende sanktioner ved gennemførelsen af det, er direktiv 2000/78 egnet til at bidrage til at bekæmpe forskelsbehandling, idet det vil kunne forventes, at det vil føre til en gradvis nedgang i denne adfærd og i sidste ende til, at denne adfærd forsvinder.

120. Et samfund, hvori der ikke sker forskelsbehandling af forbudte grunde på området for beskæftigelse og erhverv, kan kun opnås, såfremt der ikke er nogen, der ønsker at gøre brug af en anden persons arbejde, der tager de karaktertræk, der nævnes i direktiv 2000/78, i betragtning. Såfremt dette ikke er tilfældet, vil personer, der har disse karaktertræk, ikke nyde lige muligheder for at opnå arbejde. I et samfund, hvor sådanne bekymringer fortsat spiller en rolle, er det som minimum nødvendigt for at opnå dette mål, at disse valg forbydes, og at passende sanktioner virker afskrækkende for at træffe disse valg. Jeg kan ikke forestille mig et mindre restriktivt alternativ til opnåelse af målet om et område for beskæftigelse og erhverv uden forskelsbehandling.

121. Følgelig, eftersom den aftalefrihed, som artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling har til formål at beskytte, ikke er begrænset uforholdsmæssigt ved direktiv 2000/78, kan denne bestemmelse ikke fortolkes som nødvendig for beskyttelsen af valgfrihed for så vidt angår aftaleparter i et demokratisk samfund.

Foreløbig konklusion

122. En national bestemmelse som artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling er ikke nødvendig med henblik på beskyttelsen af friheden til at vælge en aftalepart i et demokratisk samfund. Denne bestemmelse kan følgelig ikke begrunde, at direktiv 2000/78 ikke finder anvendelse på grundlag af direktivets artikel 2, stk. 5.

D. En forelæggende rets forpligtelser, såfremt der foreligger en konflikt mellem en regel i national ret og direktiv 2000/78

123. Idet artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling ikke er nødvendig i et demokratisk samfund, finder direktiv 2000/78 fortsat anvendelse i den foreliggende sag for så vidt angår afslaget på at indgå en aftale med en selvstændig erhvervsdrivende som følge af denne persons seksuelle orientering.

[49] – Jf. punkt 44 i dette forslag til afgørelse.

124. Den forelæggende ret har i forelæggelsesafgørelsen forklaret, at artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling finder anvendelse i den i hovedsagen omhandlede situation [50].

125. Dette betyder, at den forelæggende ret står over for to modsatrettede bestemmelser, der finder anvendelse i den verserende sag: Den første, der findes i direktiv 2000/78, forbyder TP at give afslag på at indgå aftalen med J.K., fordi han er homoseksuel; den anden, der findes i den polske lov om ligebehandling, giver TP mulighed for at afslå at indgå aftalen med J.K., fordi han er homoseksuel.

126. I EU-retten gælder en regel, der finder anvendelse, såfremt der opstår en konflikt mellem to regler, der begge finder anvendelse på de samme faktiske omstændigheder: Den nationale domstol skal anvende den EU-retlige regel og se bort fra national ret, når der træffes afgørelse i sagen [51]. EU-rettens forrang løser følgelig en konflikt mellem regler i den EU-retlige regels favør.

127. Det skal for fuldstændighedens skyld bemærkes, at princippet om forrang fungerer som en lovvalgsregel og kræver, at der ses bort fra en modstridende national regel, såfremt en EU-retlig regel har direkte virkning [52].

128. Direktiver har direkte virkning i vertikale situationer [53]. Henset til, at TP er en offentlig TV-station [54], er det blevet fastslået i retspraksis, at en sådan situation skal fortolkes som vertikal med henblik på den direkte anvendelse af et direktiv [55]. J.K. kan følgelig påberåbe sig direktiv 2000/78 i forhold til TP i hovedsagen.

129. De relevante bestemmelser i direktiv 2000/78 [artikel 3, stk. 1, litra a) og c)] er yderligere ubetingede og tilstrækkeligt præcise til, at en national domstol kan anvende dem [56]. Det er klart, at et subjekt, i dette tilfælde J.K. (en selvstændig erhvervsdrivende), på grundlag af disse bestemmelser har ret til ikke at blive udsat for forskelsbehandling som følge af vedkommendes seksuelle orientering i forbindelse med, at der ansøges om et nyt job eller forlængelsen af et eksisterende arbejdsforhold, og det er tydeligt, at et subjekt, i dette tilfælde TP, der ønsker at gøre brug af redigeringstjenester, ikke kan afslå at indgå en aftale med en selvstændig erhvervsdrivende udelukkende som følge af vedkommendes seksuelle orientering. Det er følgelig på grundlag af de relevante bestemmelser i direktiv 2000/78 muligt at konkludere, at J.K. er blevet tillagt en rettighed, at TP har en modsvarende forpligtelse, og at indholdet af denne rettighed/forpligtelse udelukker, at seksuel orientering anvendes som et kriterium i forbindelse med indgåelsen af en aftale.

[50] – Kompetencen til at fortolke national ret ligger udelukkende hos den nationale domstol. I præjudicielle sager skal Domstolen følgelig lægge den nationale domstols fortolkning af national ret til grund. Den forelæggende ret har forklaret, at den er af den opfattelse, at den i sagen omhandlede form for aftale er omfattet af den polske lov om ligebehandling i henhold til artikel 4, stk. 2, og følgelig at lovens artikel 5, stk. 3, finder anvendelse.

[51] – Dom af 9.3.1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, præmis 21-23), og af 22.2.2022, RS (Virkningerne af domme truffet af en forfatningsdomstol) (C-430/21, EU:C:2022:99, præmis 62 og 63).

[52] – Dom af 24.6.2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, præmis 60-64 og 68).

[53] – Dom af 5.4.1979, Ratti (148/78, EU:C:1979:110, præmis 20-23), og af 7.8.2018, Smith (C-122/17, EU:C:2018:631, præmis 45).

[54] – Ejeren er statskassen. Det er værd at nævne, at TP, som er sagsøgt i sagen ved den forelæggende ret, ikke har indgivet skriftlige indlæg eller deltaget i retsmødet ved Domstolen.

[55] – Dom af 26.2.1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, præmis 46-49), og af 10.10.2017, Farrell (C-413/15, EU:C:2017:745, præmis 32-35).

[56] – Dom af 19.11.1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 11 og 12), af 24.1.2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 33), af 16.7.2015, Larentia + Minerva og Marenave Schiffahrt (C-108/14 og C-109/14, EU:C:2015:496, præmis 48 og 49), og af 8.3.2022, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Direkte virkning) (C-205/20, EU:C:2022:168, præmis 17-19).

130. Den nationale domstol kan følgelig ikke anvende artikel 5, stk. 3, i den polske lov om ligebehandling med henblik på at træffe afgørelse i den sag, der verserer for den. Det er ligeledes værd at gentage, at en sådan forpligtelse for en national domstol ikke er afhængig af den nationale lovgivers beslutning om at ændre national ret med henblik på at bringe den i overensstemmelse med EU-retten. Dette fritager imidlertid ikke den nationale lovgiver fra den parallelle forpligtelse til at gøre dette.

Foreløbig konklusion

131. Artikel 3, stk. 1, litra a) og c), i direktiv 2000/78 finder anvendelse i den foreliggende sag og har direkte virkning. J.K. kan ved den forelæggende ret følgelig påberåbe sig forbuddet mod, at TP afslår at underskrive en aftale med ham i hans egenskab af selvstændig erhvervsdrivende som følge af hans seksuelle orientering. Den forelæggende ret er følgelig forpligtet til at se bort fra den modstridende nationale bestemmelse.

V. Forslag til afgørelse

132. Jeg vil i lyset af ovenstående betragtninger foreslå Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål fra Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (retten i første instans i Warszawa i Warszawa, Polen) som følger:

»Artikel 3, stk. 1, litra a) og c), i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv

skal fortolkes således, at

denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, der tillader, at der gives afslag på at indgå en civilretlig aftale om tjenesteydelser, hvorefter personligt arbejde skal udføres af en selvstændig erhvervsdrivende, såfremt afslaget er motiveret af denne persons seksuelle orientering.«

[i] – Der er foretaget en sproglig rettelse i indledningen, i punkt 10, 11, 14, 17, 19, 21, 23 og 132 efter forslagets offentliggørelse.