

Cytowanie

CHICAGO: I. Wróblewska, *Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w zatrudnieniu niepracowniczym – regulacja ustawy z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania a unijny standard ochrony*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2023, nr 6, s. 257–270, <https://doi.org/10.15804/ppk.2023.06.19>

APA: Wróblewska, I. (2023), *Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w zatrudnieniu niepracowniczym – regulacja ustawy z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania a unijny standard ochrony*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” nr 6, s. 257–270, <https://doi.org/10.15804/ppk.2023.06.19>

Iwona Wróblewska

ORCID ID: 0000-0001-9422-0992

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

E-mail: iwona_wroblewska@wp.pl

Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w zatrudnieniu niepracowniczym – regulacja ustawy z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania a unijny standard ochrony

Słowa kluczowe: równe traktowanie, dyskryminacja ze względu na orientację seksualną, zatrudnienie i praca, ustawa o równym traktowaniu, dyrektywa Rady 2000/78/WE

Keywords: equal treatment, discrimination based on sexual orientation, employment and occupation, Equal Treatment Act, Council Directive 2000/78/EC

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest analiza rozwiązań przyjętych w polskim ustawodawstwie w zakresie ochrony przez dyskryminacją ze względu na orientację seksualną przy zawieraniu umowy o świadczenie usług w ramach zatrudnienia niepracowniczego. W szczególności, niniejsze uwagi mają celu skonfrontowanie przepisów ustawy z 3 grudnia 2010 r.

o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z regulacją dyrektywy Rady 2000/78/WE ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy. Szczegółowa analiza treści dyrektywy uwzględniająca jej interpretację dokonaną przez TSUE w wydanym 12 stycznia 2023 r. wyroku prejudycjalnym (C-356/21) prowadzi do wniosku, iż ustawa o równym traktowaniu wdraża przepisy dyrektywy w sposób nienależyty, a standard ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną gwarantowany przez polskiego ustawodawcę jest niższy niż wymaga tego prawo unijne.

Abstract

The Prohibition of Discrimination Based on Sexual Orientation in Non-employment Contracts – Regulation of the Act of 3 December 2010 on the Implementation of Certain Provisions of the European Union Regarding Equal Treatment and the EU Standard of Protection

The subject of the article is an analysis of the solutions adopted in Polish legislation in the field of protection against discrimination based on sexual orientation by concluding a non-employment contract for the provision of services. In particular, it aims to confront the provisions of the Act of 3 December 2010 on the implementation of certain provisions of the European Union regarding equal treatment with the regulation of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. A detailed analysis of the content of the directive, taking into account its interpretation of the CJEU in the preliminary ruling (C-356/21) issued on 12 January 2023, leads to the conclusion that the Equal Treatment Act implements the provisions of the directive improperly, and the standard of protection against discrimination on the basis of sexual orientation provided by the Polish legislator is lower than required by EU law.

✱

I. Uwagi wprowadzające

Realizacja przyjętych przez unijnego prawodawcę standardów ochrony przed dyskryminacją w obszarze zawodowej aktywności obywateli państw członkowskich wymaga pełnego i efektywnego wdrożenia przepisów odpowiednich dyrektyw. Podstawowe znaczenie dla prawnej regulacji wskazanej pro-

blematyki ma dyrektywa Rady 2000/78/WE ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (dalej: dyrektywa 2000/78)¹. Będąca przedmiotem niniejszego artykułu analiza przepisów ustawy z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania² (dalej: ustawa wdrożeniowa) ma na celu pokazanie, iż przedmiotowa dyrektywa została implementowana przez polskiego ustawodawcę w sposób nienależyty, a standard ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną gwarantowany w naszym państwie jest niższy niż wymaga tego prawo unijne. Bezpośrednim tłem prowadzonych rozważań jest wydany niedawno przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) na wniosek polskiego sądu wyrok prejudycjalny w sprawie J.K. p. TP S.A (C-356/21), w którym zwrócono uwagę na uchybienia polskiej ustawy we wskazanym wyżej zakresie. W podsumowaniu przeprowadzonych badań sformułowano postulat wprowadzenia do ustawy wdrożeniowej koniecznych zmian, polegających na wyraźnym objęciu zakresem jej działania praw osób nieheteronormatywnych zatrudnionych na innej podstawie niż umowa o pracę. Podstawową metodą badawczą przyjętą w niniejszym artykule była metoda dogmatycznoprawna, która posłużyła do analizy przepisów prawnych oraz orzecznictwa sądowego. Równoległe zastosowanie znalazła metoda prawnoporównawcza, właściwa dla konfrontacji polskich rozwiązań legislacyjnych z wymogami prawa unijnego.

II. Ochrona przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną w prawodawstwie unijnym

Zasada równego traktowania i związany z nią zakaz dyskryminacji stanowią jeden z fundamentów współczesnych katalogów praw człowieka i obywatela formułowanych zarówno w ustawach zasadniczych poszczególnych państw,

¹ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.U. L 303 z 2 grudnia 2000 r.), <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzienniki-UE/dyrektywa-2000-78-we-ustanawiajaca-ogolne-warunki-ramowe-rownego-tractowania-67427577> (17.07.2023).

² Dz.U. Nr 254 poz. 1700 ze zm.

jak i na poziomie międzynarodowym. Do wspólnotowego porządku prawnego równość została wprowadzona już w Traktacie Rzymskim, który pierwotnie gwarantował ją jedynie w sferze wynagrodzenia kobiet i mężczyzn³. Wraz ze zmianami w charakterze europejskiej integracji, polegającymi na odchodzeniu od celów czysto ekonomicznych w kierunku wspólnoty wartości, zasada równości zaczęła pełnić rolę jednego z aksjologicznych fundamentów funkcjonowania UE (art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej)⁴. Zakres działania zakazu dyskryminacji został rozszerzony w kolejnych traktatach rewizyjnych UE oraz w prawie wtórnym, jednak przede wszystkim nastąpiło to za sprawą orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE)⁵, który uznał ją za zasadę ogólną prawa UE⁶.

Przesłanka orientacji seksualnej jako jedno z kryteriów dyskryminacji jest obecnie ujęta w otwartym katalogu cech prawnie chronionych zawartych w art. 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych (dalej: Karta)⁷, stanowiącej integralną część prawa pierwotnego. Ochrona gwarantowana w tym przepisie ogranicza się do naruszeń zasady równości i niedyskryminacji wynikających z działań instytucji, organów i jednostek organizacyjnych UE oraz państw członkowskich w zakresie, w jakim stosują one prawo unijne⁸. Zgodnie z najnowszym orzecznictwem TSUE, przepis ten posiada bezpośredni skutek horyzontalny, a zatem jednostka może się powoływać na wyrażoną w nim zasadę niedyskryminacji nie tylko przeciwko państwu i jego organom, ale także

³ Art. 119 Traktatu z 25 marca 1957 r. ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą, eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT (17.07.2023).

⁴ G. More, *The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?* [w:] P. Craig and G. De Burca, *The Evolution of EU law*, Oxford University Press, 1999, s. 517–553. Podobnie K. Wandowicz, *Ewolucja zasady równości w sprawie wspólnotowym* [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, red. W. Bokajło, A. Pacześniak, Wrocław 2008, s. 119.

⁵ Rozwój tej linii orzeczniczej nastąpiło przede wszystkim w następujących orzeczeniach TSUE: z 8 kwietnia 1976 r., *Gabrielle Defrenne p. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, sprawa 43/75; z 6 czerwca 2000 r., *Roman Angonese p. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, C-281/98; z 22 listopada 2005 r., *Werner Mangold p. Rüdiger Helm*, C-144/04; z 19 stycznia 2010 r., *Seda Küçükdeveci p. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07.

⁶ Zob. np. Bell M., *The principle of equal treatment: widening and deepening* [w:] P. Craig and G. De Burca, *The Evolution of EU law*, Second Edition, Oxford 2011, s. 626–629.

⁷ Dz.U. C 83 z 30 marca 2010 r., s. 389–403.

⁸ Art. 51 Karty.

osobom prawnym i fizycznym⁹. Z uwagi jednak na ogólny charakter art. 21 ust. 1 Karty, jest on często przywoływany łącznie z odpowiednimi postanowieniami dyrektyw dla wzmocnienia lub uzupełnienia ich skutków prawnych¹⁰. Oznacza to zarazem, że stosowanie Karty jest związane z zakresem działania właściwej dyrektywy. Dyrektywy są podstawowym narzędziem, które od lat 70. XX w. służy realizacji wytycznych traktatowych w zakresie zwalczania dyskryminacji w obszarach należących do kompetencji UE¹¹. Aktualnie podstawa prawna wydawania dyrektyw równościowych jest zawarta w art. 19 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który przyznaje Radzie UE uprawnienie do przyjmowania w specjalnej procedurze ustawodawczej i za zgodą Parlamentu Europejskiego środków niezbędnych w celu zwalczania dyskryminacji ze względu na enumeratywnie wyliczone kryteria: płci, rasy lub pochodzenia etnicznego, religii lub światopoglądu, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej¹². Już pobieżna analiza treści dyrektyw nie pozostawia wątpliwości, iż najpełniejsza realizacja zasady równego traktowania nastąpiła w obszarze zawodowej aktywności obywateli państw członkowskich, określanej w dyrektywach jako zatrudnienie i praca. Dziedziny te są zarazem jedynymi, w których unijny prawodawca zdecydował się zagwa-

⁹ Zob. wyrok z 17 kwietnia 2018 r., Vera Egenberger p. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV., C-414/16; z 11 września 2018 r., IR p. JQ, C-68/17 oraz z 22 stycznia 2019 r., Cresco Investigation GmbH p. Markus Achatzi, C-193/17. Wyroki te dotyczyły zakazu dyskryminacji ze względu na religię, jednak jak się zauważa w literaturze, każde z kryteriów antydyskryminacyjnych wymienionych w art. 21 ust. 1 Karty otrzymało status bezwzględnie wiążącego prawa podstawowego. A. Pudło-Jaremek, *Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w prawie UE po wyroku TSUE w sprawie Egenberger*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2020, nr 2, s. 71–72 oraz J. Maliszewska-Nienartowicz, *Bezpośredni skutek ogólnej zasady niedyskryminacji w sporach dotyczących dziedzin objętych prawem Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2021, nr 3, s. 39.

¹⁰ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Bezpośredni skutek...*, s. 40. Co ważne, TSUE zaznacza również, że odwołanie do bezpośredniego skutku horyzontalnego art. 21 ust. 1 Karty może nastąpić jedynie wtedy, gdy postanowienia właściwej dyrektywy nie mogą wywołać pośrednich skutków poprzez prounijną wykładnię prawa krajowego. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Bezpośredni skutek...*, s. 44.

¹¹ Jedną z pierwszych dyrektyw dotyczących problematyki równego traktowania była dyrektywa Rady 76/207/EWG z 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy.

rantować ochronę przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną. Nastąpiło to na mocy dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy¹². Dyrektywa ta zakazuje wszelkiej bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji ze względu na enumeratywnie wyliczone przesłanki, do których – oprócz orientacji seksualnej – zalicza religię lub przekonania, niepełnosprawność oraz wiek. Twórcy dyrektywy wyrazili w jej treści przekonanie, iż zatrudnienie i praca są podstawowymi elementami mającymi zapewnić równe szanse dla wszystkich i przyczyniają się do pełnego uczestnictwa obywateli w życiu gospodarczym, kulturalnym, społecznym oraz do ich rozwoju¹³. Podmiotowy zakres działania dyrektywy obejmuje osoby zarówno sektora publicznego jak i prywatnego, natomiast w jej zakresie przedmiotowym znajdują się takie sfery, jak m.in. warunki dostępu do zatrudnienia lub pracy na własny rachunek oraz warunki zatrudnienia i pracy, łącznie z warunkami zwalniania i wynagradzania¹⁴. Standardy proceduralne dotyczące ciężaru dowodu zostały w omawianym akcie ukształtowane tak samo jak w pozostałych dyrektywach równościowych, a więc osoba pokrzywdzona obciążona jest jedynie obowiązkiem uprawdopodobnienia faktu dyskryminacji, natomiast pozwany musi udowodnić, iż do niej nie doszło¹⁵. Również przepisy normujące zasady ustanawiania sankcji za naruszenie warunków ramowych równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy nie odbiegają od przyjętych w innych dyrektywach – państwa mają zapewnić, aby sankcje te były skuteczne, proporcjonalne i dolegliwe¹⁶.

III. Problem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w zatrudnieniu i pracy w orzecznictwie TSUE

Dotychczas problem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w dziedzinie zatrudnienia i pracy był przedmiotem stosunkowo niewielkiej

¹² Dz.U. L 303 z 2 grudnia 2000 r., s. 16–22.

¹³ Por. motyw nr 9 dyrektywy 2000/78.

¹⁴ Por. art. 3 ust. 1 dyrektywy 2000/78.

¹⁵ Art. 10 dyrektywy 2000/78.

¹⁶ Art. 17 dyrektywy 2000/78.

liczby rozstrzygnięć TSUE, który prezentował w nich raczej powściągliwe stanowisko, jeśli chodzi o zakres ochrony udzielanej skarżącym¹⁷. Dotyczy to zwłaszcza orzeczeń wydanych przed przyjęciem dyrektywy 2000/78, kiedy to roszczenia osób dotkniętych dyskryminacją ze względu na orientację seksualną były – wobec braku przepisów bezpośrednio odnoszących się do tej przesłanki – rozpatrywane na zasadzie analogii do kryterium płci¹⁸. Do najważniejszych orzeczeń wydanych już na tle postanowień dyrektywy 2000/78 należy wyrok z 1 kwietnia 2008 r., w sprawie Tadao Maruko p. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen¹⁹ oraz z 10 maja 2011 r. w sprawie Jürgen Römer p. Freie und Hansestadt Hamburg²⁰. TSUE stwierdził w nich, iż dodatkowe świadczenia emerytalne przysługujące w ramach korzystniejszej kategorii podatkowej dla osób pozostających w związku małżeńskim a także renta rodzinna po zmarłym małżonku przewidziana w pracowniczym systemie emerytalnym mieszczą się w zakresie pojęcia wynagrodzenia z art. 3 ust. 1 lit. c omawianego aktu. Zauważył, iż odmowa przyznania takich świadczeń zarejestrowanemu partnerowi w sytuacji, w której analogiczne świadczenia przysługują małżonkom, może stanowić bezpośrednią dyskryminację ze względu na orientację seksualną, jeśli sąd krajowy uzna, iż partnerzy znajdują się w porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej co małżonkowie. Podobnie ocenił TSUE odmowę przyznania homoseksualnym pracownikom, którzy zawarli cywilny pakt solidarności, premii i urlopu okolicznościowego w wyroku z 12 grudnia 2013 r. w sprawie Frédéric Hay p. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres²¹. Tym razem TSUE samodzielnie dokonał oceny równoważności związku małżeńskiego i partnerskiego. Z kolei w wyrokach z 25 kwietnia 2013 r. w sprawie Asociația ACCEPT p. Consiliul Național pentru Com-

¹⁷ Por. A. Śledzińska, *Homo-niepewni? Analiza prawnych aspektów równości transseksualistów i homoseksualistów w Unii Europejskiej* [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, red. W. Bokajło, A. Paczeński, Wrocław 2008, s. 179–181; A. Pudło, *Charakter zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w prawie UE*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2016, nr 1, s. 49.

¹⁸ Wyrok z 30 kwietnia 1996 r. w sprawie P. p. S and Cornwall County Council, C 13/94 oraz z 17 lutego 1998 r. w sprawie Lisa Jacqueline Grant p. South-West Trains Ltd., C-249/96.

¹⁹ C 267/06.

²⁰ C-147/08.

²¹ C-267/12.

baterea Discriminării²² oraz z 23 kwietnia 2020 r. w sprawie NH p. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI²³ TSUE stwierdził między innymi, że publiczne oświadczenia dotyczące określonej polityki naboru do pracy wchodzą w zakres pojęcia „warunków dostępu do zatrudnienia” w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a dyrektywy 2000/78. Dlatego też homofobiczne deklaracje pracodawcy, wykluczające z grona z potencjalnych kandydatów na pracownika określone osoby, stanowią przejaw zakazanej w UE dyskryminacji. Istotne wzmocnienie praw osób LGTB w sferze zatrudnienia i pracy nastąpiło w wydanym niedawno na wniosek polskiego sądu wyroku prejudycjalnym w sprawie J.K. p. TP S.A.²⁴ Dotyczył on zerwania przez polską telewizję publiczną współpracy z samozatrudnionym dziennikarzem z powodu jego orientacji seksualnej. TSUE orzekł, iż dyrektywa 2000/78 stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które wyłącza, na podstawie swobodnego wyboru strony umowy, z zakresu ochrony przed dyskryminacją przyznaną w dyrektywie odmowę zawarcia lub przedłużenia umowy ze względu na orientację seksualną kontrahenta. Tym samym zakwestionował zgodność z prawem unijnym niektórych przepisów polskiej ustawy o równym traktowaniu, co będzie przedmiotem bardziej szczegółowych rozważań przedstawionych w dalszej części niniejszego artykułu.

IV. Brak jednolitego standardu ochrony praw osób nieheteronormatywnych w zatrudnieniu w polskim prawodawstwie

Przyjęta przez polskiego ustawodawcę technika implementacji unijnych dyrektyw odnoszących się do równego traktowania w sferze zatrudnienia i pracy, w tym wspomnianej dyrektywy 2000/78, zakłada rozdzielnie normowanej przez nie materii w taki sposób, że ochrona przed dyskryminacją w obszarze stosunków pracy następuje na mocy Kodeksu pracy²⁵, natomiast w pozo-

²² C-81/12.

²³ C-507/18.

²⁴ C-356/21.

²⁵ Ustawa z 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1465). Zgodnie z art. 2 Kodeksu pracy pojęciem pracownika obejmuje się osobę zatrudnioną na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę.

stałym zakresie, a więc w przypadku pracy świadczonej na podstawie umów cywilnoprawnych albo samozatrudnienia właściwa jest ustawa o równym traktowaniu. Rozgraniczenia zakresu przedmiotowego wymienionych aktów dokonano w art. 2 ust. 2 ustawy o równym traktowaniu. Zgodnie z nim do pracowników ma zastosowanie rozdział 3 ustawy dotyczący organów właściwych do spraw równego traktowania, natomiast rozdział 1 i 2 jedynie w zakresie nieuregulowanym przepisami Kodeksu pracy. W komentarzu do tak określonych zasad pierwszeństwa ochrony przed dyskryminacją udzielanej przez Kodeks pracy, zauważono, że ustawa o równym traktowaniu w ogóle nie może być stosowana do stosunków pracy. Wynika to z tego, iż Kodeks pracy zawiera bardzo szczegółowe i rozbudowane przepisy antidyskryminacyjne, które gwarantują pracownikom wyższy poziom ochrony niż omawiana ustawa²⁶.

Z punktu widzenia rozważań podjętych w niniejszym artykule istotne jest to, że zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu jest bardzo szeroki, rozciąga się bowiem na wszystkie fazy i elementy stosunku pracy²⁷. Zgodnie z art. 18 (3a) § 1 Kodeksu pracy obowiązuje on przy nawiązaniu i rozwiązywaniu stosunku pracy, określaniu warunków zatrudnienia, awansowaniu oraz przeprowadzaniu szkoleń zawodowych. O ile w świetle regulacji Kodeksu pracy nie ma wątpliwości, że kryterium orientacji seksualnej stanowi jedną z cech, z uwagi na które pracownik jest chroniony również w zakresie nawiązywania stosunku pracy²⁸, o tyle do czasu wydania przez TSUE wskazanego wyżej orzeczenia w sprawie C-356/21, nie było jasne czy

²⁶ M. Kułak [w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, red. K. Kędziora, K. Śmiszek, Warszawa 2017, s. 82. Kwestii niedostatków ustawy w stosunku do regulacji kodeksowej, jak i w zakresie realizacji konstytucyjnego standardu ochrony poświęcono już wiele uwagi w piśmiennictwie polskim. Zob. np. K. Kędziora, A. Mazurczak, K. Śmiszek, *Unijny zakaz dyskryminacji a prawo polskie. Analiza funkcjonowania przepisów antidyskryminacyjnych w praktyce polskich sądów*, Warszawa 2018, s. 31; P. Śmiałek, *Powództwo przeciw dyskryminacji w Ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania*, „*Studia Prawa Publicznego*” 2017, nr 4, s. 169–170 oraz T. Duraj, *Protection of the Self-Employed to the Extent of Non-Discrimination and Equal Treatment – An Overview of the Issue*, „*Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica*” 2022, nr 101, s. 171.

²⁷ M. Kułak [w:] *Ustawa o wdrożeniu...*, s. 82.

²⁸ Np. M. Kuba, *Dyskryminacja w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa 2017, s. 64, 67.

analogiczna ochrona przysługuje również osobie samozatrudnionej w zakresie zawarcia umowy cywilnoprawnej. Zgodnie bowiem z art. 4 pkt. 2 ustawy o równym traktowaniu, wdrażającej do polskiego porządku prawnego postanowienia dyrektywy 2000/78, ustawę stosuje się w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w ramach stosunku pracy albo na podstawie umowy cywilnoprawnej, jednak na podstawie art. 5 pkt 3 nie ma ona zastosowania do swobody wyboru strony umowy, o ile nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości.

V. Szeroki zakres ochrony dyrektywy 2000/78 w orzeczeniu TSUE w sprawie J/K. p. TP S.A.

W ramach przeprowadzonej w przedmiotowym orzeczeniu interpretacji dyrektywy 2000/78 TSUE stwierdził, że zakres jej stosowania określony w art. 3 ust. 1 pkt a jako „warunki dostępu do zatrudnienia i pracy na własny rachunek” należy rozumieć szeroko, jako warunki dostępu do wszelkiej działalności zawodowej, niezależnie od jej charakteru i cech. Dotyczy to również art. 3 ust. 1 pkt c dyrektywy, który włączając w zakres ochrony przed dyskryminacją „warunki zwalniania i wynagradzania”, nie odnosi się wprawdzie do działalności na własny rachunek, lecz wyłącznie do warunków zatrudnienia, jednak – zdaniem TSUE – musi być interpretowany w taki sposób, że obejmuje również osobę która prowadząc działalność na własny rachunek zostaje zmuszona do zaprzestania tej działalności przez swojego kontrahenta i może się z tego powodu znaleźć w szczególnie trudnej sytuacji porównywalnej z sytuacją zwolnionego pracownika. Ochrona przyznana przez dyrektywę nie może zależeć od formalnej kwalifikacji stosunku pracy w prawie krajowym lub od wyboru rodzaju umowy dokonanej przy zatrudnieniu danej osoby²⁹. Odnosząc się do okoliczności sprawy leżących u podstaw pytania prejudycjalnego sformułowanego przez Sąd Rejonowy w Warszawie³⁰, TSUE zauważył, że aby działalność polegająca na dostarczaniu usług przez osobę samozatrudnioną wchodziła w zakres stosowania dyrektywy musi mieć ona charakter efektywnej i rzeczywistej działalności zawodowej, wykonywanej osobiście

²⁹ C-356/21, pkt 36–55.

³⁰ Wniosek z 16 marca 2021 r., sygn. akt. XV GC 1965/19.

w sposób regularny w ramach stabilnego stosunku prawnego pozwalającego na dostęp do środków utrzymania. W opinii TSUE kryterium temu odpowiada działalność powoda, polegająca na osobistym przygotowywaniu dla TP S.A. na podstawie kolejnych umów o dzieło różnego rodzaju audycji w ramach grafiku tygodniowych dyżurów sporządzonego przez świadczeniobiorcę. W ramach rozstrzygnięcia TSUE dokonał oceny zgodności z prawem unijnym art. 5 pkt 3 ustawy o równym traktowaniu, wyłączającego ochronę przed dyskryminacją w odwołaniu do swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości. Sąd stwierdził, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, obowiązywania takiego przepisu tego nie da się uzasadnić odwołaniem do konieczności ochrony którejś z wartości wymienionych w art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78, z uwagi na które dopuszcza się wprowadzanie przez państwa członkowskie ewentualnych wyłączeń od zasady równego traktowania³¹. Podkreślił, iż powołanie się na swobodę wyboru kontrahenta nie może skutecznie uzasadniać dyskryminacji. Orientacja seksualna nie może być powodem odmowy zawarcia umowy o dzieło z osobą pracującą na własny rachunek.

VI. Uwagi *de lege ferenda* w zakresie zmiany ustawy o równym traktowaniu

W konsekwencji wydanego przez TSUE rozstrzygnięcia, sąd odsyłający odmówił zastosowania art. 5 pkt 3 ustawy o równym traktowaniu i opierając się na art. 13 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy uwzględnił w dużej części żądanie powoda zasądzając na jego rzecz od pozwanego 35 943,69 zł tytułem odszkodowania i zadośćuczynienia za dyskryminację bezpośrednią³². W komentarzu do wyroku w sprawie C-356/21 należy podkreślić, iż jego następstwa znacznie wykraczają poza wymiar jednostkowy związany ze sprawą polskiego dziennikarza. Dokonana w nim interpretacja dyrekty-

³¹ Zgodnie z tym przepisem, dyrektywa nie narusza środków przewidzianych przepisami krajowymi, które w społeczeństwie demokratycznym są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, utrzymania porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób.

³² Opieram się na ustnych motywach nieprawomocnego wyroku Sądu Rejonowego z 24 kwietnia 2023 r., sygn. akt XV GC 1965/19.

wy 2000/78 stanowi ważny krok w rozwoju unijnego prawa antydyskryminacyjnego, zwiększając na przyszłość poziom ochrony przed nierównym traktowaniem w szeroko pojmowanym zatrudnieniu, obejmującym świadczenie pracy nie tylko przez pracowników w rozumieniu art. 45 TFUE, ale też w ramach samozatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej. Ukazuje on ponadto niespójność polskiego systemu prawa z prawem unijnym, a tym samym stanowi przesłankę do ingerencji prawodawczej w treść art. 5 pkt 3 ustawy o równym traktowaniu, w taki sposób, aby jej przepisy odzwierciedlały wykładnię przyjętą przez TSUE w omawianym rozstrzygnięciu i gwarantowały ochronę również w zakresie usług świadczonych w ramach zatrudnienia niepracowniczego. Na problem zbyt szeroko ujętych ram derogacyjnych wprowadzonych do art. 5 ustawy o równym traktowaniu zwracano uwagę już w trakcie prac legislacyjnych w parlamencie, a po jej wejściu w życie także w piśmiennictwie³³. Obszerny katalog wyłączeń zasady równego traktowania wypacza sens i cel implementowanych przepisów unijnych³⁴. Nawet jeśli przepis art. 5 pkt 3 ustawy o równym traktowaniu postrzegać jako bezpośrednią konsekwencję implementacji art. 3 ust. 2 dyrektywy Rady 2004/113/WE³⁵, gwarantującej swobodę jednostki co do wyboru partnera umownego, jeżeli tylko ten wybór nie jest oparty na płci danej osoby, to i tak konstrukcja kwestionowanego przepisu może budzić wątpliwości, ponieważ – jak to wyżej pokazano – rodzi on ryzyko interpretacji zawężającej ochronę praw w obszarze zatrudnienia³⁶. Wyraźne objęcie zakresem działania ustawy o równym traktowaniu praw osób zatrudnionych na innej podstawie niż umowa o pracę, byłoby ponadto pożądanym z punktu widzenia dostosowania jej przepisów do standardu ochrony przed dyskryminacją ukształtowanego z Konstytucji RP. Jej art. 32 ust. 2 stanowiąc o zakazie dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny w sferze życia społecznego i gospodarczego daje podstawy do szero-

³³ K. Kędziora, A. Mazurczak, K. Śmiszek, *Unijny zakaz...*, s. 28.

³⁴ *Ibidem*, s. 28.

³⁵ Dyrektywa z 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz.U. L 373 z 21 grudnia 2004 r., s. 37–43).

³⁶ Tak też M. Kułak, *Analiza poprawności implementowania do polskiego porządku prawnego dyrektyw Unii Europejskiej w obszarze równego traktowania* (ekspertyza przygotowana przez na zlecenie Biura Rzecznika Praw Obywatelskich), s. 18–19, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/m-kulak-analiza-poprawnosci-implementowania-dyrektywy-rownosciowej> (17.07.2023).

kiej interpretacji przedmiotowego zakresu ochrony przyznanej podmiotom konstytucyjnych praw i wolności, obejmującej ogół zachowań polegających na wykonywaniu dóbr, świadczeniu usług oraz pracy w celach zarobkowych, niezależnie od dziedziny owej działalności i jej formy prawnej. Zakaz dyskryminacji ma przy tym postać reguły wyznaczającej granice konstytucyjnie chronionej wolności człowieka, w taki sposób, że odwołanie do swobody kontraktowania jako uzasadnienia dla dyskryminacji w stosunkach cywilnoprawnych nie może być prawnie uznane³⁷.

Literatura

- Bell M., *The principle of equal treatment: widening and deepening* [w:] P. Craig and G. De Burca, *The Evolution of EU law*, Second Edition, Oxford 2011.
- Duraj T., *Protection of the Self-Employed to the Extent of Non-Discrimination and Equal Treatment – An Overview of the Issue*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 2022, nr 101.
- Kędziora K., Mazurczak A., Śmiszek K., *Unijny zakaz dyskryminacji a prawo polskie. Analiza funkcjonowania przepisów antydyskryminacyjnych w praktyce polskich sądów*, Warszawa 2018.
- Kułąk M., *Analiza poprawności implementowania do polskiego porządku prawnego dyrektyw Unii Europejskiej w obszarze równego traktowania* (ekspertyza przygotowana przez na zlecenie Biura Rzecznika Praw Obywatelskich) <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/m-kulak-analiza-poprawnosci-implementowania-dyrektywy-rownosciowej>.
- Kuba M., *Dyskryminacja w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa 2017.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Bezpośredni skutek ogólnej zasady niedyskryminacji w sporach dotyczących dziedzin objętych prawem Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2021, nr 3.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej (w ujęciu ewolucyjnym)*, „Studia Europejskie” 2011, nr 4.
- More G., *The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?* [w:] P. Craig and G. De Burca, *The Evolution of EU law*, First Edition, Oxford, 1999.
- Podkowik J., *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, nr 2.

³⁷ J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, nr 2, s. 265–266.

- Pudło A., *Charakter zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w prawie UE*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2016, nr 1.
- Pudło-Jaremek A., *Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w prawie UE po wyroku TSUE w sprawie Egenberger*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2020, nr 2.
- Śledzińska A., *Homo-niepewni? Analiza prawnych aspektów równości transseksualistów i homoseksualistów w Unii Europejskiej* [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, red. W. Bokajło, A. Pacześniak, Wrocław 2008.
- Śmiałek P., *Powództwo przeciw dyskryminacji w Ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania*, „Studia Prawa Publicznego” 2017, nr 4.
- Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, red. K. Kędziora, K. Śmiszek, Warszawa 2017.
- Wandowicz K., *Ewolucja zasady równości w sprawie wspólnotowym* [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, red. W. Bokajło, A. Pacześniak, Wrocław 2008.