

RECHTSPRAAK

Niet verlengen opdrachtovereenkomst zzp'er wegens seksuele geaardheid levert verboden 'ontslag' in gelijkebehandelingswetgeving op. Ondernemingsvrijheid en contractsvrijheid geen rechtvaardiging.*Feiten*

Tussen 2010 en 2017 heeft J.K., verzoeker, in het kader van zijn economische activiteit als zelfstandige een aantal opeenvolgende kortlopende dienstverleningsovereenkomsten gesloten met TP, een onderneming die een nationale publieke televisieomroep in Polen exploiteert, met als enige aandeelhouder het ministerie van Financiën. Op basis van deze overeenkomsten heeft verzoeker tweewekelijkse diensten verricht binnen de afdeling redactie en reclame van omroep 1 van TP, gedurende welke hij audiovisuele montages, trailers of feuilletons heeft ontwikkeld voor promotieprogramma's van TP. W. S., directeur van de afdeling redactie en reclame van deze omroep 1 en directe leidinggevende van verzoeker, heeft diensten toegewezen aan verzoeker en aan een andere journalist die dezelfde werkzaamheden verrichtte, zodat deze elk maandelijks gedurende twee dienstperioden van een week werkten. Na een reorganisatie van de afdeling in 2017 is aan J.K. medegedeeld dat hij ook na de reorganisatie zal worden ingezet.

Op 29 november 2017 heeft verzoeker zijn werkschema voor december 2017 ontvangen, waarin werd voorzien in twee dienstperioden van een week, die op respectievelijk 7 en 21 december 2017 begonnen. Op 4 december 2017 heeft verzoeker samen met zijn partner een videoclip voor een kerstliedje openbaargemaakt op hun YouTube-kanaal ter bevordering van de tolerantie voor partners van hetzelfde geslacht. In deze videoclip, met als titel 'Pokočaj nas w święta' ('Houd van ons met Kerstmis'), werd getoond hoe partners van hetzelfde geslacht Kerstmis vierden.

Op 6 december 2017 heeft verzoeker van W. S. een e-mail ontvangen waarin zijn op 7 december 2017 beginnende dienstperiode van een week werd geannuleerd. Op 20 december 2017 heeft W. S. verzoeker meegedeeld dat hij niet langer was ingepland voor de dienstperiode van een week die op 21 december 2017 zou beginnen. Verzoeker heeft in december 2017 dus geen diensten verricht en vervolgens is tussen hem en TP geen nieuwe dienstverleningsovereenkomst gesloten.

J.K. vordert schadevergoeding wegens discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Zzp'er geniet bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid

Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3 lid 1 onder a en c van Richtlijn 2000/78/EG aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die ertoe leidt dat de op de seksuele geaardheid van een persoon gebaseerde weigering om met die persoon een overeenkomst te sluiten of te verlengen voor het verrichten van bepaalde prestaties door deze persoon in het kader van de uitoefening van arbeid als zelfstandige, op grond van de vrije keuze van de contractpartij wordt uitgesloten van de krachtens deze richtlijn te verlenen bescherming tegen discriminatie.

In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat uit het feit dat de begrippen ‘arbeid in loondienst’, ‘arbeid als zelfstandige’ en ‘beroep’ naast elkaar zijn gebruikt, blijkt dat artikel 3 lid 1 onder a van Richtlijn 2000/78/EG de voorwaarden voor toegang tot eender welke beroepswerkzaamheid bestrijkt, ongeacht de aard en de kenmerken ervan, en dat deze voorwaarden derhalve binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen. Deze begrippen moeten namelijk ruim worden opgevat. Naast het feit dat deze bepaling uitdrukkelijk betrekking heeft op arbeid als zelfstandige, volgt voorts uit de begrippen ‘arbeid in loondienst’ en ‘beroep’, in de gebruikelijke betekenis ervan, dat de Uniewetgever de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG niet heeft willen beperken tot de door een ‘werknemer’ in de zin van artikel 45 VWEU vervulde functies (zie in die zin HvJ EU 2 juni 2022, *HK/Danmark en HK/Privat*, C-587/20, ECLI:EU:C:2022:419, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Richtlijn 2000/78/EG is derhalve geen handeling van afgeleid Unierecht zoals die welke met name zijn gebaseerd op artikel 153 lid 2 VWEU en die slechts de werknemers als zwakste partij in een arbeidsverhouding beogen te beschermen, maar zij heeft als doel het wegnemen, om redenen van sociaal en algemeen belang, van alle op discriminatiegronden gebaseerde belemmeringen voor de toegang tot bestaansmiddelen en het vermogen om door arbeid een bijdrage te leveren aan de samenleving, ongeacht de rechtsvorm waarin die arbeid wordt verricht (*HK/Danmark en HK/Privat*, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Richtlijn 2000/78/EG strekt er dus weliswaar toe een breed scala aan beroepsactiviteiten te bestrijken, daaronder begrepen die welke door zelfstandigen worden verricht om in hun levensonderhoud te voorzien, maar dat neemt niet weg dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de activiteiten die binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen en de activiteiten die bestaan in het louter leveren van goederen of verrichten van diensten aan een of meer afnemers, die niet onder die werkingssfeer vallen. Opdat beroepsactiviteiten binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG vallen, moeten deze activiteiten derhalve reëel zijn en worden uitgeoefend in het kader van een rechtsbetrekking die door een zekere stabiliteit wordt gekenmerkt. Aangezien, zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, de door verzoeker uitgeoefende activiteit een reële en daadwerkelijke beroepsactiviteit vormt die persoonlijk en op regelmatige wijze ten gunste van dezelfde afnemer wordt uitgeoefend en op basis waarvan hij, geheel of gedeeltelijk, toegang heeft tot bestaansmiddelen, hangt de vraag of de voorwaarden voor toegang tot een dergelijke activiteit onder artikel 3 lid 1 onder a van Richtlijn 2000/78/EG vallen, niet af van de kwalificatie van deze activiteit als ‘arbeid als werknemer’ of ‘arbeid als zelfstandige’, aangezien de werkingssfeer van deze bepaling en

derhalve de werkingssfeer van deze richtlijn ruim moet worden opgevat, zoals in punt 36 van het onderhavige arrest is opgemerkt.

Uit het voorgaande volgt dat de weigering om een dienstverleningsovereenkomst te sluiten met een contractpartij die een economische activiteit uitoefent als zelfstandige, om redenen die verband houden met de seksuele geaardheid van die contractpartij, binnen de werkingssfeer van deze bepaling en derhalve binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt.

Ontslag omvat ook het niet verlengen van een dienstovereenkomst

Het begrip ‘ontslag’ doelt in de regel inderdaad op de beëindiging van een arbeidsovereenkomst die is gesloten tussen een werknemer en zijn werkgever.

Zoals de advocaat-generaal in punt 102 van haar conclusie in wezen heeft opgemerkt, is het begrip ‘ontslag’ evenwel in artikel 3 lid 1 onder c van Richtlijn 2000/78/EG enkel opgenomen als voorbeeld van het begrip ‘werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden’ en heeft het met name betrekking op de eenzijdige beëindiging van alle in artikel 3 lid 1 onder a vermelde werkzaamheden. Er zij met name op gewezen dat, net als een werknemer die onvrijwillig zijn baan in loondienst kan verliezen met name wegens ‘ontslag’, een zelfstandige immers door toedoen van zijn contractpartij ertoe gedwongen kan zijn, zijn zelfstandige activiteit te beëindigen en zich daardoor in een kwetsbare positie kan bevinden die vergelijkbaar is met die van een ontslagen werknemer (zie in die zin HvJ EU 20 december 2017, *Gusa*, C-442/16, ECLI:EU:C:2017:1004, punt 43). In casu heeft TP verzoekers diensten van een week, die respectievelijk op 7 en 21 december 2017 zouden beginnen, eenzijdig geannuleerd en er is geen nieuwe dienstverleningsovereenkomst gesloten tussen TP en verzoeker na de online openbaarmaking door laatstgenoemde van de in punt 18 van het onderhavige arrest bedoelde video.

Gelet op de in punt 63 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak van het Hof lijkt het feit dat verzoeker in december 2017 geen van de diensten op weekbasis heeft kunnen verrichten die in de door hem met TP gesloten dienstverleningsovereenkomst waren voorzien, derhalve een onvrijwillige beëindiging van de arbeid van een zelfstandige te vormen die kan worden gelijkgesteld met het ontslag van een werknemer, hetgeen de verwijzende rechter niettemin dient na te gaan. In die omstandigheden en onder voorbehoud van de in punt 46 van het onderhavige arrest bedoelde beoordeling, valt het besluit van TP om die dienstverleningsovereenkomst niet te verlengen, volgens verzoeker wegens zijn seksuele geaardheid, waardoor een einde is gekomen aan de tussen hen bestaande arbeidsverhouding, binnen de werkingssfeer van artikel 3 lid 1 onder c van Richtlijn 2000/78/EG.

Vrijheid van ondernemerschap voor vrij contractskeuze geen rechtvaardiging

De bescherming die wordt verleend door artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, met het opschrift ‘De vrijheid van ondernemerschap’, omvat immers de vrijheid om een economische activiteit of een handelsactiviteit uit te oefenen, de contractvrijheid en de vrije mededinging, en betreft met name de vrije partnerkeuze in het

economische verkeer (HvJ EU 21 december 2021, *Bank Melli Iran*, C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De vrijheid van ondernemerschap heeft evenwel geen absolute gelding, maar moet in relatie tot haar maatschappelijke functie worden beschouwd (HvJ EU 22 januari 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In casu volstaat het vast te stellen, zoals de advocaat-generaal in punt 111 van haar conclusie in wezen heeft opgemerkt, dat het feit dat artikel 5, punt 3, van de wet inzake gelijke behandeling voorziet in een aantal uitzonderingen op de vrijheid om een contractpartij te kiezen, aantoont dat de Poolse wetgever zelf van mening was dat discriminatie niet noodzakelijk kon worden geacht om contractvrijheid in een democratische samenleving te waarborgen. Er is geen reden om aan te nemen dat dit anders is naargelang de betrokken discriminatie is gebaseerd op seksuele geaardheid dan wel op een van de andere in artikel 5, punt 3, van die wet uitdrukkelijk genoemde gronden. Indien overigens zou worden aanvaard dat op grond van de contractvrijheid kan worden geweigerd om een overeenkomst te sluiten met een persoon vanwege zijn seksuele geaardheid, dan zou aan artikel 3 lid 1 onder a van Richtlijn 2000/78/EG elke nuttige werking worden ontnomen, aangezien die bepaling juist elke discriminatie op een dergelijke grond verbiedt wat de toegang tot arbeid als zelfstandige betreft.

Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat artikel 5, punt 3, van de wet inzake gelijke behandeling in omstandigheden als die in het hoofdgeding geen rechtvaardiging kan vormen voor een uitsluiting van de door Richtlijn 2000/78/EG verleende bescherming tegen discriminatie, wanneer die uitsluiting niet overeenkomstig artikel 2 lid 5 van deze richtlijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van derden in een democratische samenleving noodzakelijk is.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 12-01-2023

ECLI: ECLI:EU:C:2023:9

Zaaknummer: C-356/21

Rechters: A. Prechal, M.L. Arastey Sahún, F. Biltgen, N. Wahl en J. Passer

Wetsartikelen: Richtlijn 2000/78/EG, Hv art. 16, RL 2000/78/EG art. 2 lid 5 en RL 2000/78/EG art. 3 lid 1(a) en (c)