

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Europejskiego

mgr Maciej Kułak

**Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług a prawa podstawowe
usługobiorców i usługodawców w prawie Unii Europejskiej**

Rozprawa doktorska

Promotorka rozprawy
prof. UW, dr hab. Anna Zawidzka-Łojek

Warszawa, styczeń 2020 r.

Wstęp	4
--------------------	----------

Rozdział I

Dyskryminacja w dostępie do dóbr i usług – zagadnienia podstawowe.....	8
---	----------

1. Ramy prawne zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług w prawie UE	8
2. Pojęcie dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług.....	12
2.1. Rekonstrukcja pojęcia dyskryminacji w świetle orzecznictwa TSUE.....	12
2.2. Formy dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług.....	18
2.2.1. Dyskryminacja bezpośrednia.....	18
2.2.2. Dyskryminacja pośrednia	25
2.2.3. Dyskryminacja bezpośrednia i pośrednia w świetle orzeczenia <i>CHEZ</i>	30
2.2.4. Inne formy dyskryminacji	35
2.2.5. Działania pozytywne	38
3. Podsumowanie	43

Rozdział II

O rozwiązywaniu konfliktów między prawami podstawowymi	46
---	-----------

1. Prawa podstawowe w prawie Unii Europejskiej.....	46
1.1. Ramy prawne unijnego systemu praw podstawowych	46
1.2. Zakres zastosowania Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.....	52
1.3. Prawa podstawowe w relacjach horyzontalnych a zakaz dyskryminacji.....	58
2. Konflikty między prawami podstawowymi – typologia i metodologia.....	65
2.1. Typologia konfliktów między prawami podstawowymi	65
2.2. Metodologia rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi	67
2.2.1. Metoda analizy proporcjonalnej – założenia oraz krytyka.....	67
2.2.2. Metoda analizy proporcjonalnej w praktyce orzeczniczej TSUE.....	78
2.2.3. Metoda analizy proporcjonalnej a inne metody rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi.....	86
2.2.4. Metoda analizy proporcjonalnej wobec konfliktów między prawami usługodawców i usługobiorców w praktyce organów stosujących prawo.....	88
3. Podsumowanie	95

Rozdział III

Zakres zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług..... 98

1. Zakres podmiotowy 98
 - 1.1. Osoby fizyczne i zakazane kryteria różnicowania 98
 - 1.2. Osoby prawne 105
2. Zakres przedmiotowy 116
 - 2.1. Pojęcia dobra, usługi i zakwaterowania 116
 - 2.2. Wyłączenia z zakresu przedmiotowego 121
3. Podsumowanie 125

Rozdział IV

Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług a prawa podstawowe usługodawców 129

1. Uwagi ogólne 129
2. Wolność prowadzenia działalności gospodarczej 129
 - 2.1. Zakres przedmiotowy art. 16 KPP 129
 - 2.2. Zakaz dyskryminacji jako ograniczenie swobody wyboru kontrahenta 131
3. Poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego 136
 - 3.1. Zakres przedmiotowy art. 7 KPP 136
 - 3.2. Ochrona życia prywatnego w dyrektywach antydyskryminacyjnych 137
4. Wolność myśli, sumienia i religii 138
 - 4.1. Uwagi ogólne 138
 - 4.2. Prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem w prawie UE 141
 - 4.3. Zakaz dyskryminacji jako ograniczenie prawa do manifestowania poglądów 143
5. Wolność wypowiedzi 151
 - 5.1. Zakres przedmiotowy art. 11 KPP 151
 - 5.2. Zakaz dyskryminacji jako ograniczenie wolności wypowiedzi w prawie UE..... 154
6. Podsumowanie 158

Rozdział V

Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług a prawa podstawowe usługobiorców 161

1. Uwagi ogólne 161
2. Poszanowanie godności 161
 - 2.1. Pojęcie godności w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej 161
 - 2.2. Godność w kontekście dyskryminacji i konfliktów między prawami podstawowymi 163

3. Poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego.....	165
4. Ochrona danych osobowych	167
4.1. Uwagi ogólne	167
4.2. Mechanizm profilowania usługobiorców i jego cele	168
4.3. Profilowanie z wykorzystaniem kryteriów dyskryminacyjnych.....	170
5. Wolność myśli, sumienia i religii.....	174
6. Prawo równego dostępu do dóbr i usług dla osób z niepełnosprawnościami	177
6.1. Uwagi ogólne	177
6.2. Pojęcie niepełnosprawności w prawie UE	180
6.3. Dostępność dóbr i usług dla osób z niepełnosprawnościami.....	182
6.4. Dostępność usług a zakaz dyskryminacji i prawa usługodawców.....	186
7. Podsumowanie	188
Zakończenie	191
Bibliografia	205
Streszczenie	225
Summary	227

Wstęp

Moja rozprawa doktorska poświęcona jest problematyce relacji pomiędzy zakazem dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług a prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców z perspektywy prawa Unii Europejskiej. Za dokonaniem badań w tym zakresie przemawia kilka powodów. Po pierwsze, w świetle ostatnich orzeczeń amerykańskich, brytyjskich oraz polskich sądów najwyższych oraz polskiego Trybunału Konstytucyjnego odnotowano ożywioną i wciąż aktualną dyskusję o granicach ochrony praw podstawowych w omawianych relacjach. W dyskursie zarówno doktrynalnym, jak i publicznym, pomija się jednak często aspekt prawa unijnego, mimo że to z niego wynika umocowanie w krajowych porządkach prawnych państw członkowskich zakazu nierównego traktowania w dostępie do dóbr i usług, choć jedynie w ograniczonym zakresie podmiotowym. Przemilczenie tego aspektu w dyskusji sprawia, że nie został on jeszcze przeanalizowany w kompleksowy sposób, choć stanowi istotny element systemu ochrony praw podstawowych, w tym prawa do równego traktowania.

Po drugie, za przeprowadzeniem wyżej określonych badań przemawia również specyfika analizowanego obszaru na tle innych sfer życia objętych zakresem przedmiotowym unijnego zakazu dyskryminacji. W przeciwieństwie do sfery zatrudnienia, ochrony społecznej, opieki zdrowotnej czy edukacji, stosunki między usługobiorcami i usługodawcami mają co do zasady nieustrukturyzowany, incydentalny i czysto ekonomiczny charakter. Cechują się one ponadto niezwykle ograniczonym władztwem jednej strony nad drugą. Ten specyficzny charakter, również dotychczas niepoddany szczegółowej analizie w piśmiennictwie, może tymczasem nie tylko wpływać na rozumienie kluczowych instytucji prawa antidyskryminacyjnego, ale również na zakres i sposób ochrony praw podstawowych w relacjach stanowiących przedmiot analizy.

Po trzecie wreszcie, analiza relacji pomiędzy zakazem nierównego traktowania a prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców uzasadniona jest w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej poruszającego problematykę skutku bezpośredniego praw podstawowych w relacjach horyzontalnych, tj. pomiędzy dwoma podmiotami, spośród których żaden nie może zostać uznany za państwo członkowskie. Kilka orzeczeń zapadłych na przestrzeni lat 2018-2019 w sposób klarowniejszy niż dotychczas opowiada się za przyznaniem takiego skutku nie tylko samej zasadzie

niedyskryminacji, ale pod pewnymi warunkami również prawom potwierdzonym przez Kartę praw podstawowych Unii Europejskiej. Przyznanie to ma dalekosiężne skutki dla prawa antydyskryminacyjnego. Oznacza bowiem, iż usługobiorcy i usługodawcy mogą w stosunkach między sobą bezpośrednio powoływać się na przysługujące im prawa podstawowe. Uprawnienie to bezspornie może prowadzić na gruncie prawa unijnego do sytuacji spornych pomiędzy tymi prawami. Tymczasem ani Karta Praw Podstawowych ani inne przepisy prawa pierwotnego czy też wreszcie dyrektywy statuujące zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług nie zawierają jakichkolwiek swoistych norm kolizyjnych określających w klarowny sposób zasady rozwiązywania takich konfliktów. Z tego względu pożądane jest dokonanie analizy postanowień aktów prawa pierwotnego i wtórnego odnoszących się do zasady równego traktowania oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości celem próby rekonstrukcji ewentualnej metody rozwiązywania sporów między prawami podstawowymi właściwej prawu Unii Europejskiej.

W związku z powyższymi okolicznościami przyjęto w niniejszej pracy trzy zasadnicze hipotezy badawcze mające podlegać weryfikacji w wyniku przeprowadzonej analizy. Pierwsza z nich zakłada, że na tle zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług dochodzi do konfliktów między prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców uniemożliwiających pełną realizację każdego z nich. Wedle drugiej hipotezy prawa podstawowe każdej ze stron analizowanych relacji pełnią inną funkcję w sytuacji konfliktu. Przyjęto bowiem, iż podmiot dyskryminowany może powołać się na przysługujące mu prawa podstawowe celem wzmocnienia ochrony prawnej przed dyskryminacją w sytuacji, gdy akt nierównego traktowania stanowi jednocześnie naruszenie innego gwarantowanego prawa. Założono również w związku z tym, iż podmiot dyskryminujący może z kolei odwołać się do praw podstawowych celem uzasadnienia swojego działania noszącego znamiona niedozwolonej dyferencjacji i uwolnienia się tym samym od odpowiedzialności. Trzecia hipoteza zakłada natomiast, że prawo Unii Europejskiej nie dostarcza jednoznacznej metodologii pozwalającej na rozwiązywanie sytuacji spornych pomiędzy prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców. Przyjęcie tej hipotezy wynika bezpośrednio ze wspomnianego już braku w aktach prawa zarówno pierwotnego jak i wtórnego jasnych wytycznych w tym zakresie.

W świetle wyżej omówionych okoliczności oraz przyjętych hipotez postawiono przed niniejszą pracą cztery podstawowe cele badawcze. Pierwszym z nich jest dokonanie analizy podstawowych pojęć związanych z zakazem dyskryminacji w prawie Unii Europejskiej

w świetle sygnalizowanej już specyfiki obszaru życia społecznego jakim jest dostęp do dóbr i usług oraz ustalenie dzięki temu, które z tych pojęć i w jakim zakresie mają zastosowanie do tego obszaru. W związku z tym w pierwszym rozdziale rozprawy omówione zostały ogólne ramy zakazu nierównego traktowania, a także związane z nim podstawowe pojęcia takie jak dyskryminacja i jej formy oraz określone w aktach prawa wtórnego wyjątki od rzeczzonego zakazu.

Drugi cel stanowi natomiast zbadanie, czy i w jakim zakresie prawo Unii Europejskiej dostarcza elementy umożliwiające zrekonstruowanie właściwej mu metody rozwiązywania sytuacji spornych pomiędzy prawami podstawowymi, a następnie odniesienie ewentualnie uzyskanej metody do obszaru dóbr i usług z uwzględnieniem jego specyfiki. Z tego względu w drugim rozdziale rozprawy omówiono w pierwszej kolejności najważniejsze elementy składowe unijnego systemu ochrony praw podstawowych, ze szczególnym zwróceniem uwagi na postanowienia Karty Praw Podstawowych oraz zagadnienie skutku bezpośredniego w relacjach horyzontalnych potwierdzanych przez nią praw. Następnie analizie poddano zagadnienia związane z typologią konfliktów między prawami podstawowymi oraz metodologią ich rozwiązywania zarówno w ujęciu teoretycznym jak i odniesieniu do prawa unijnego. Ten cel badawczy ma ścisły związek z trzecią z hipotez stanowiących podstawę niniejszej rozprawy.

Trzecim celem badawczym jest dokonanie analizy zakresu podmiotowego oraz przedmiotowego zakazu dyskryminacji w omawianym zakresie, co ma pozwolić na precyzyjne określenie, do jakich kategorii podmiotów znajduje on zastosowanie oraz jakie kategorie dóbr i usług obejmuje. W związku z tym w rozdziale trzecim rozprawy porusza się kwestię ochrony osób fizycznych i osób prawnych, a także dokonuje wykładni cech stanowiących na gruncie prawa Unii Europejskiego zakazane kryteria dyferencjacji w dostępie do dóbr i usług, zaś w dalszej kolejności poddaje się analizie pojęcia dobra i usługi.

Czwarty cel badawczy to dokonanie analizy praw podstawowych usługobiorców i usługodawców relewantnych dla dostępu do dóbr i usług oraz określenie dzięki temu, w jakie relacje prawa te wchodzi z zakazem nierównego traktowania i jak objawiają się w związku z tym ewentualne występujące między nimi konflikty. Ten cel badawczy ma ścisły związek zarówno z pierwszą jak i drugą z zakładanych hipotez i realizowany jest w rozdziałach czwartym i piątym – w pierwszym z nich omówione są prawa podstawowe usługodawców mogące wchodzić w relację konfliktu z prawem do równego traktowania, zaś w drugim

analizowane są szczególne relacje między tym prawem a innymi prawami podstawowymi z perspektywy usługobiorcy.

Dla zweryfikowania przyjętych hipotez i osiągnięcia celów badawczych przyjęto w niniejszej pracy przede wszystkim metodę formalno-dogmatyczną odpowiadającą pracom z zakresu nauk prawnych. Analizie poddano źródła prawa zarówno pierwotnego, w tym szczególnie Kartę praw podstawowych Unii Europejskiej, jak i wtórne, tj. przede wszystkim dyrektywy statuujące zakaz nierównego traktowania w dostępie do dóbr i usług, a także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i w węższym zakresie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz literaturę przedmiotu. W związku z przyjętą perspektywą prawa unijnego w bardzo ograniczonym stopniu uwzględniono krajowe akty prawne państw członkowskich i poddane je omówieniu wyłącznie celem zaprezentowania złożonego zagadnienia ochrony osób prawnych przed dyskryminacją. W pracy wykorzystano poza tym elementy metody prawnoporównawczej, odwołując się kilkakrotnie do zarówno judykatur jak i doktryn amerykańskiej, kanadyjskiej czy australijskiej celem uwypuklenia teoretycznych zagadnień związanych z metodologią rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi.

Rozdział I

Dyskryminacja w dostępie do dóbr i usług – zagadnienia podstawowe

1. Ramy prawne zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług w prawie UE

Przepisy odnoszące się do zakazu dyskryminacji znalazły się już w Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą¹, choć dotyczyły wyłącznie nierównego traktowania ze względu na przynależność państwową (art. 7) oraz ze względu na płeć w zakresie wynagradzania (art. 119). Zasadę równego traktowania można zatem uznać za jedną z zasad założycielskich Unii Europejskiej, aczkolwiek jak zwraca uwagę K. Monaghan, ich geneza ma raczej podłoże ekonomiczne niż związane z prawami człowieka, gdyż miały one przyczynić się do stworzenia wspólnego rynku wolnego od wszelkich czynników mogących negatywnie wpływać na swobodny przepływ dóbr i osób w jego ramach². Z uwagi na wyraźne zawężenie w Traktacie przedmiotowego zakresu zasady równości, rozwój prawa antydyskryminacyjnego związany był właśnie z nierównym traktowaniem ze względu na płeć. To na bazie przepisów odnoszących się do tego zagadnienia Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE) rozwinął chociażby koncepcję dyskryminacji pośredniej. Unijne prawo antydyskryminacyjne było jednak ograniczone nie tylko w kwestii cech chronionych, ale również zakresu przedmiotowego, który odnosił się wyłącznie do sfery związanej z zatrudnieniem i zabezpieczeniem społecznym.

Momentem przełomowym dla rozwoju koncepcji zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług było dopiero przyznanie Wspólnotom Europejskim na mocy Traktatu z Amsterdamu zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej³ kompetencji do przyjmowania środków niezbędnych w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji nie tylko ze względu na płeć, ale również rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną. Niedługo po wejściu w życie wskazywanej zmiany przyjęto dyrektywę Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne⁴ (dalej jako dyrektywa 2000/43), która jako pierwszy akt prawa wtórnego zakresem przedmiotowym obejmowała również „dostęp do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług

¹ OJ C 325, 24.12.2002, s. 33-184 (wersja skonsolidowana).

² K. Monaghan, *Equality and Non-discrimination*, *Judicial Review*, Vol. 16 (2011), Issue 4, s. 418.

³ OJ C 340, 10.11.1997, s. 115.

⁴ OJ L 180, 19.7.2000, s. 22-26.

publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem” (art. 3 ust. 1 pkt h). Jak zwraca uwagę A. Tyson, mimo iż istniał wówczas między państwami członkowskimi konsensus co do konieczności podjęcia działań w kwestii przeciwdziałania dyskryminacji rasowej oraz etnicznej, uznano, iż zakres przedmiotowy powinien dotyczyć wyłącznie tych dóbr i usług, które są publicznie dostępne⁵, by nie ograniczać zanedo autonomii podmiotów dokonujących transakcji związanych z życiem prywatnym lub rodzinnym (motyw 4 preambuły). Dyrektywa była jednak przełomowa nie tylko z uwagi na rozszerzenie zakresu podmiotowego oraz przedmiotowego unijnego prawa antydyskryminacyjnego, ale również z uwagi na przyjęte w niej koncepcje dyskryminacji mające w późniejszym czasie wpływ na dyrektywy odnoszące się do zakazu nierównego traktowania ze względu na płeć.

Przede wszystkim przyjęto w niej definicję dyskryminacji bezpośredniej wprowadzającą po raz pierwszy w sposób wyraźny wymóg porównania położenia osoby nierówno traktowanej do innego podmiotu znajdującego się w podobnej sytuacji (art. 2 ust. 2 pkt a). Uznano przy tym, iż porównanie to może zostać dokonane nie tylko w wymiarze teraźniejszym („traktuje się”) oraz przeszłym („traktowano”), ale również na płaszczyźnie hipotetycznej („traktowano by”). Wprowadzono też zmienioną względem przepisów odnoszących się do nierównego traktowania motywowanego płcią definicję dyskryminacji pośredniej, zdefiniowanej po raz pierwszy w dyrektywie Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć⁶. Z uwagi na fakt, że niewiele państw członkowskich zbierało dane statystyczne dotyczące nierównego traktowania ze względu na rasę lub pochodzenie etniczne, uznano, iż właściwsze będzie zdefiniowanie dyskryminacji pośredniej nie jako środka znacząco pogarszającego sytuację przedstawicieli grupy dyskryminowanej (art. 2 ust. 2 dyrektywy 97/80), ale jako środka mogącego doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji (art. 2 ust. 2 pkt b dyrektywy 2000/43). Dzięki wskazanemu przeformułowaniu zrezygnowano z faktycznego obowiązku udowodnienia skutków dyskryminacji pośredniej, przyjmując, iż wystarczające jest wykazanie ich prawdopodobieństwa. Omawiana dyrektywa zdefiniowała również molestowanie jako formę dyskryminacji, pojawiającą się dotychczas jedynie

⁵ A. Tyson, *The Negotiation of the European Community Directive on racial Discrimination*, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 3 (2001), Issue 2, s. 208.

⁶ OJ L 14, 20.1.1998, s. 6-8.

w odniesieniu do dyskryminacji ze względu na płeć w aktach prawa miękkiego⁷. Za molestowanie uznano „niepożądane zachowanie związane z pochodzeniem rasowym lub etnicznym, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby i stworzenie onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery” (art. 2 ust. 3). Jak się zdaje, przyjęcie tej definicji musiało wywoływać pewne kontrowersje wśród państw członkowskich, skoro w zdaniu drugim cytowanego przepisu zagwarantowano im prawo definiowania molestowania zgodnie z ich ustawodawstwem i krajową praktyką. W kwestii form dyskryminacji postanowiono również, iż za jedną z nich należy uznać „każde zachowanie polegające na zmuszaniu kogokolwiek do praktykowania wobec osób zachowań dyskryminacyjnych ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne” (art. 2 ust. 4).

Taki sam zakres przedmiotowy, tj. odniesienie wyłącznie do dóbr i usług dostępnych publicznie oraz oferowanych poza sferą życia prywatnego i rodzinnego, przyjęto w dyrektywie Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania towarów i usług⁸ (dalej jako dyrektywa 2004/113), dzięki której zakaz dyskryminacji ze względu na płeć stał się elementem europejskiego prawa kontraktowego⁹. Z dyrektywy 2000/43 przeszczepiono również definicje dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej, molestowania oraz polecenia nakazującego nierówne traktowanie, dodając jednocześnie właściwą wyłącznie dla dyskryminacji płciowej definicję molestowania seksualnego (art. 2 pkt d)¹⁰. Z uwagi na znaczne wkroczenie przez unijnego prawodawcę w sferę swobody kontraktowej, w preambule do dyrektywy zawarto liczne wskazówki interpretacyjne co do jej treści. W motywie 14 podkreślono, iż wybór kontrahenta może opierać się oczywiście na wielu subiektywnych przesłankach, jednak jedną z nich nie powinna być płeć osoby, z którą zawiera się umowę. Z kolei w motywie 16 zastrzeżono, że słuszny cel może uzasadniać różnice w traktowaniu ze względu na płeć w omawianym zakresie przedmiotowym. Wskazano przy tym przykładowe cele, takie jak np. swobodę zrzeszania się w prywatnych klubach

⁷ Por. np. rekomendację Komisji 92/131/EEC z dnia 27 listopada 1991 r. w sprawie ochrony godności kobiet i mężczyzn w miejscu pracy, Dz. U. L 049, 24/02/1992.

⁸ OJ L 373, 21.12.2004, s. 37-43.

⁹ C. Krois, *Directive 2004/113/EC on Sexual Equality in Access to Goods and Services: Progress or Impasse in European Sex Discrimination Law*, Columbia Journal of European Law, Vol. 12 (2005), Issue 1, s. 326.

¹⁰ L. Waddington, *The Development of a New Generation of Sex Equality Directives*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 11 (2004), Issue 1, s. 4.

przedstawicieli jednej płci oraz organizację wydarzeń sportowych dedykowanych wyłącznie kobietom albo mężczyznom. Szczególną uwagę poświęcono działalności ubezpieczeniowej, zastrzegając, że posługiwanie się kryterium „płci jako czynnika w kalkulowaniu składek i świadczeń do celów ubezpieczenia i związanych usług finansowych nie może prowadzić do różnic w składkach i odszkodowaniach poszczególnych osób” (art. 5 ust. 1).

Kolejnym krokiem w rozwoju prawa antydyskryminacyjnego w zakresie dostępu do dóbr i usług miała być dyrektywa Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną¹¹ (dalej jako tzw. dyrektywa horyzontalna), która jednak nigdy nie stała się prawem obowiązującym. Jej celem miało być rozszerzenie zakresu ochrony w przypadku wskazanych cech chronionych m.in. na obszar „dostępu do towarów i innych usług powszechnie dostępnych, w tym mieszkań, oraz dostarczania ich”, ale tylko w przypadku prowadzenia własnej działalności zawodowej lub gospodarczej przez poszczególne osoby (art. 3 ust. 1 pkt d). Wykorzystując całe instrumentarium wypracowane przy dyrektywach 2000/43 oraz 2004/113, postulowano wprowadzenie jednocześnie nowych instytucji prawnych w odniesieniu do dóbr i usług, takie jak konieczność zapewnienia osobom z niepełnosprawnościami tzw. racjonalnych usprawnień, czyli środków koniecznych dla umożliwienia im skutecznego i niedyskryminacyjnego dostępu do dóbr i usług (art. 4 ust. 1 pkt a). Zastrzeżono przy tym, że dokonywanie takich usprawnień nie mogłoby nakładać na usługodawców nieproporcjonalnych obciążeń, ani też wymagać dokonania poważnych zmian produktu lub usługi. Jako kryteria oceny, czy dokonanie usprawnień nie będzie stanowiło nadmiernego ciężaru wskazano „wielkość, zasoby i charakter organizacji, szacowany koszt, cykl życia towarów i usług oraz możliwe korzyści ze zwiększenia dostępu dla osób niepełnosprawnych” (art. 4 ust. 2). Zastrzeżono jednocześnie, że przepisy dyrektywy nie naruszają „przepisów prawa wspólnotowego lub przepisów krajowych w zakresie dostępu do szczególnych towarów i usług” (art. 4 ust. 3). Ostateczny projekt dyrektywy Komisja opracowała w 2008 r., jednak od tamtego czasu nie udało się wypracować konsensusu koniecznego dla przyjęcia dokumentu, co pozwala przypuszczać, że tym bardziej w najbliższym czasie proponowana dyrektywa nie stanie się obowiązującym prawem.

¹¹ COM/2008/0426.

Jeśli natomiast chodzi o prawo pierwotne, podstawy zakazu dyskryminacji można odnaleźć w Traktacie o Unii Europejskiej¹² (dalej jako TUE), gdzie w art. 2 i 3 określających cele i wartości Unii, wskazano m.in. że nie tylko opiera się ona na zasadzie równości, ale również zwalcza dyskryminację, co podkreśla jej aktywną rolę w kształtowaniu przestrzeni wolnej od nierównego traktowania. Bardziej skonkretyzowane normy zawarto w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹³ (dalej jako TFUE), który w art. 10 stwierdza, że „przy określaniu i realizacji swoich polityk i działań Unia dąży do zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”, czyniąc tym samym zasadę niedyskryminacji jedną z zasad podstawowych. Z kolei art. 19 Traktatu przyznaje Unii kompetencje do podejmowania środków niezbędnych w celu zwalczania dyskryminacji z uwagi na enumeratywnie wyliczone przesłanki. Wśród źródeł zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług należy wspomnieć również o Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej¹⁴ (dalej jako KPP), która w warstwie deklaratywnej rozszerza w stosunku do TFUE zakaz nierównego traktowania o przesłanki koloru skóry, pochodzenia społecznego, cechy genetyczne, język, przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, majątek oraz urodzenie (art. 21). Jednocześnie KPP podkreśla w art. 23 szczególną wagę zasady równości kobiet i mężczyzn nie tylko w sferach związanych z zatrudnieniem, ale „we wszystkich dziedzinach”.

2. Pojęcie dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług

2.1. Rekonstrukcja pojęcia dyskryminacji w świetle orzecznictwa TSUE

Według ugruntowanego w orzecznictwie poglądu TSUE „zakaz dyskryminacji (...) jest tylko konkretnym wyrazem ogólnej zasady równości, która wynika z podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w myśl której porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane w odmienny sposób, chyba że to rozróżnienie jest uzasadnione względami obiektywnymi”¹⁵, a odmienne sytuacje nie mogą być traktowane jednakowo¹⁶. Po pierwsze, stwierdzenie to

¹² Dz.U. UE C 326 z 26.10.2012, s. 13-46 (wersja skonsolidowana).

¹³ Dz.U. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47-390 (wersja skonsolidowana).

¹⁴ Dz. U. UE C 326 z 26.10.2012, s. 391-407.

¹⁵ Wyrok TSUE z dnia 12 października 2004 r. w sprawie C-313/02, *N. Wippel p. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:607, pkt 56.

¹⁶ Wyrok TSUE z dnia 1 marca 2011 r. w sprawie C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL i inni p. Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2011:100, pkt 28.

pokazuje, że w istocie TSUE nie dokonuje rozróżnienia między zasadą równości a zakazem dyskryminacji¹⁷. Po drugie, rekonstruując pojęcie dyskryminacji na podstawie wyżej zacytowanego poglądu, można wskazać jego następujące elementy definicyjne – zróżnicowanie sytuacji dwóch podmiotów, porównywalność ich położenia oraz nieobiektywne kryteria dyferencjacji. Dla zdefiniowania dyskryminacji nie ma znaczenia zakres czy rozmiar dokonywanego zróżnicowania, gdyż okoliczności te mogą okazać się istotne dopiero przy analizowaniu możliwości obiektywnego uzasadnienia albo przy określaniu właściwej sankcji za naruszenie zakazu dyskryminacji. Każde zróżnicowanie, nawet w nieznacznym zakresie, może zatem stanowić nierówne traktowanie i nie ma przy tym również znaczenia, czy przy okazji tego zróżnicowania naruszono jakiegokolwiek inne prawa osoby dyskryminowanej niż prawo do równego traktowania. Z kolei odniesienie do porównywalności oznacza, że w prawie UE przyjmuje się co do zasady¹⁸ tzw. komparatywną teorię dyskryminacji (ang. *comparative theory*), zgodnie z którą nierówne traktowanie może być wykazane jedynie poprzez odniesienie go do sytuacji innych osób, podczas gdy wedle teorii niekomparatywnej (ang. *non-comparative theory*) dyskryminacją jest traktowanie danej osoby w sposób sprzeczny z jej prawem do ukształtowania jej pozycji bez względu na jej cechę osobistą, niezależnie od odniesienia do innych osób¹⁹.

W przypadku elementu nieobiektywnych kryteriów zróżnicowania należy zwrócić uwagę na dwa aspekty. Po pierwsze, kryteriami takimi są cechy osobiste, takie jak płeć czy pochodzenie rasowe lub etniczne, których jednostka nie może ukryć, zmienić lub odrzucić bez osłabiania albo zniekształcania swojej tożsamości jako człowiek²⁰. To właśnie posługiwanie się nimi stanowi o istocie dyskryminacji. Po drugie, użycie wskazywanych cech osobistych może zostać w określonych przypadkach usprawiedliwione, co jak się zdaje pozbawia je wówczas przymiotu nieobiektywności²¹. Należy przy tym zauważyć, że z uwagi na złożoność ludzkiej tożsamości będącej sumą różnorodnych cech może dojść do nierównego

¹⁷ Por. np. wyrok TSUE z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-442/00, *A. Rodriguez Caballero p. Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, ECLI:EU:C:2002:752 w którym Trybunał stwierdził: *Fundamental rights include the general principle of equality and non-discrimination. That principle precludes comparable situations from being treated in a different manner unless the difference in treatment is objectively justified.* (pkt 32).

¹⁸ Por. rozważania o porównywalności w odniesieniu do dyskryminacji bezpośredniej (rozdział I.2.2.1).

¹⁹ D. Hellman, *Two concepts of discrimination*, Virginia Law Review, Vol. 102 (2016), No. 4, s. 899.

²⁰ A. Hendriks, *The UN Disability Convention and (Multiple) Discrimination: Should EU Non-Discrimination Law Be Modelled Accordingly?*, European Yearbook of Disability Law Vol. 2 (2010), s. 11.

²¹ Por. uwagi o dyskryminacji pośredniej (rozdział I.2.2.2) oraz działaniach pozytywnych (rozdział I.2.2.5).

traktowania jednej osoby z powodu kilku jej cech tożsamościowych (tzw. dyskryminacja wielokrotna). Choć nie została ona zdefiniowana ani w aktach prawa pierwotnego ani prawa wtórnego, to nie ulega wątpliwości, że jest elementem unijnego pojęcia dyskryminacji. Skoro ochrona prawna przysługuje w przypadku nierównego traktowania ze względu na np. płeć oraz rasę i pochodzenie etniczne (w dostępie do dóbr i usług), to osoba może być dyskryminowana zarówno ze względu na jedną z tych cech, jak i ze względu na kilka cech naraz. M. Jonker i S. Halrynjo podnoszą, że dyskryminacja wielokrotna może przybrać dwie zasadnicze formy, tj. dyskryminacji sumowanej (podmiot należy do dwóch grup, podczas gdy obie są nierówno traktowane – cechy są zatem niejako dodawane do siebie) albo interseksjonalnej (zwanej również krzyżową – cechy wchodzi z sobą w jednym czasie w szczególny rodzaj interakcji, a nierówne traktowanie ma związek z tą że interakcją, nie zaś z każdą z cech z osobna)²². Należy przy tym podkreślić, że nie jest to samodzielna forma nierównego traktowania, a raczej przymiot określający szczególny charakter innych form (np. bezpośrednia dyskryminacja wielokrotna).

A. Wróbel zwraca uwagę, że w przypadku prawa UE wśród tych elementów definicyjnych nie występują ani personalny charakter zabronionego kryterium dyferencjacji ani pokrzywdzenie indywidualnie oznaczonej osoby²³, co jest efektem rozszerzania przez TSUE w swoim orzecznictwie rozumienia pojęcia nierównego traktowania²⁴. W orzeczeniu w sprawie *Coleman* Trybunał uznał, że zakaz dyskryminacji (bezpośredniej oraz molestowania) nie ogranicza się tylko do osób, które same posiadają określoną cechę osobistą, ale obejmuje również podmioty pozostające z tymi osobami w pewnych osobistych relacjach²⁵ (tzw. dyskryminacja przez asocjacje albo dyskryminacja przeniesiona²⁶). Koncepcja zerwania bezpośrednio osobistego związku między osobą dyskryminowaną a cechą

²² M. Jonker, S. Halrynjo, *Multidimensional Discrimination in Judicial Practice*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 32 (2014), Issue 4, s. 413.

²³ A. Wróbel, *Rekonstrukcja pojęcia "dyskryminacja"? Uwagi na tle dwóch orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE*, [w:] *Księga pamiątkowa w piątą rocznicę śmierci Profesora Andrzeja Kijowskiego*, red. Z. Niedbała, Warszawa 2010, s. 337.

²⁴ A. Eriksson, *European Court of Justice: Broadening the Scope of European Non-discrimination Law*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 7 (2009), Issue 4, s. 731.

²⁵ Wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-303/06, *S. Coleman p. Attridge Law i inni*, ECLI:EU:C:2008:415, pkt 56.

²⁶ C. Ivanus, *Discrimination by Association in European Law*, Perspectives of Business Law Journal, Vol. 2 (2013), s. 117.

dystynktywną zrodziła się na bazie stanu faktycznego dotyczącego matki niepełnosprawnego dziecka, która podnosiła, że po jego urodzeniu była nierówno traktowana m.in. w związku z koniecznością sprawowania nad nim osobistej opieki. TSUE zauważył, że celem dyrektyw antidyskryminacyjnych jest zwalczanie wszelkich form dyskryminacji, a z literalnego brzmienia przepisów nie wynika, by ich zastosowanie było ograniczone wyłącznie do osób rzeczywiście posiadających określoną cechę prawnie chronioną (w tym przypadku niepełnosprawność). Co więcej, więź nie musi być interpretowana wyłącznie jako bliskość emocjonalna czy powiązanie osobiste, ale również jako wchodzenie w luźniejsze interakcje, niezwiązane ze stosunkami rodzinnymi lub prywatnymi²⁷. Rzeczniczka generalna J. Kokott w swojej opinii do orzeczenia w sprawie *CHEZ*, uznała, że choć w pierwszej kolejności to osoba będąca w bliskiej relacji z osobą noszącą daną cechę wrażliwą może być poddana działaniom dyskryminującym ze względu na więź, to nie da się jednak wykluczyć, że stosowna ochrona należąca jest również w przypadku więzi o mniej personalnym wymiarze. Jak stwierdziła, „cecha powodująca dyskryminację ze względu na więź może być już zawarta w danym środowisku, w szczególności wtedy, gdy z uwagi na jego ogólny i kolektywny charakter środowisko ten może oddziaływać nie tylko na osoby posiadające cechy (...) lecz także – w pewnym sensie jako szkoda uboczna – objąć inne osoby”²⁸. Podała przy tym niezwykle trafny przykład wizyty w restauracji grupy osób, np. w ramach spotkania biznesowego (chodziło o wykazanie jego nieosobistego charakteru), która nie zostaje obsłużona wyłącznie z powodu koloru skóry jednej z osób uczestniczących.

M. Gruenberger wyznaczył sześć kryteriów statuujących zjawisko dyskryminacji w relacjach trójstronnych, czyli tych angażujących trzy podmioty (jak w przypadku orzeczenia w sprawie *Coleman*) – osobę dyskryminującą, osobę dyskryminowaną oraz osobę posiadającą cechę stanowiącą podstawę nierównego traktowania²⁹. W takim wypadku osoba dyskryminująca musi dokonać nierównego traktowania na podstawie zakazanego kryterium dyferencjacji (warunek pierwszy), osoba dyskryminowana musi zostać dotknięta tym traktowaniem (warunek drugi), mimo że nie posiada cechy leżącej u podstaw dyskryminacji

²⁷ Por. wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zasztitа ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480.

²⁸ Opinia rzeczniczki generalnej J. Kokott przedstawiona w dniu 12 marca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zasztitа ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:170, pkt 58.

²⁹ M. Gruenberger, *The Principle of Equal treatment in Triangular Relationships*, www.unikoeln.de/jur-fak/bhgg/personen/gruenberger/Gruenberger_Triangular_Relations.pdf (dostęp 15 kwietnia 2018 r.), s. 55.

(warunek trzeci). Poza tym musi w te relacje być zaangażowana osoba trzecia, a więc ani nie dyskryminująca ani nie dyskryminowana (warunek czwarty), która wyróżnia się cechą będącą motywem nierównego traktowania (warunek piąty) oraz jest w jakiś sposób powiązania (ang. *associated*) z osobą dyskryminowaną (warunek szósty). Takie rozumienie asocjacji zaproponowali również S. Forshaw oraz M. Pilgerstorfer, odrzucając objęcie tym terminem przypadków nierównego traktowania z powodu niepodporządkowania się poleceniu dyskryminowania określonej grupy (ang. *the discriminatory instructions cases*), słusznie uznając, iż w takim przypadku przyczyną nierównego traktowania nie jest cecha danej grupy, ale sam fakt niepodporządkowania się decyzji noszącej znamiona dyskryminacji³⁰.

W związku z tak zdefiniowanymi stosunkami trójstronnymi pojawia się pytanie, czy możliwe jest odwrócenie asocjacji, tj. nierówne traktowanie z powodu cechy osobistej osoby dyskryminującej. C. McCrudden rozważa bowiem, czy za asocjację można uznać nierówne traktowanie przez osobę A (usługodawcę) osoby B (usługobiorcy) z uwagi na osobistą cechę podmiotu A, bez względu na cechy B oraz C (osoby powiązanej z podmiotem B)³¹. Przywołał przy tym przykład odmowy wykonania przez cukiernika powołującego się na swoje przekonania religijne oraz polityczne (A) tortu wyrażającego poparcie dla małżeństw jednopłciowych, zamówionego przez członka organizacji przeciwdziałającej homofobii (B) z okazji wydarzenia, w którym uczestniczyć mają osoby homoseksualne (C)³². Jak się zdaje, w istocie u podstaw odmowy świadczenia usługi zawsze będzie leżała jednak cecha osobista podmiotów B i C, która co najwyżej w zetknięciu z cechami podmiotu A zyska specyficzny charakter, determinowany np. prawami i wolnościami osoby A. Z tego względu należy raczej wykluczyć możliwość wystąpienia zjawiska, które można by określić mianem dyskryminacji przez asocjację odwrotną lub odwróconą. W sytuacji takiej jak omawiana może natomiast dojść do konfliktu między prawem usługobiorcy do równego traktowania a wolnością wyznania, sumienia, słowa czy swobodą wyrażania poglądów politycznych usługodawcy.

³⁰ S. Forshaw, M. Pilgerstorfer, *Taking Discrimination Personally: An Analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination*, King's Law Journal Vol. 19 (2008), s. 271.

³¹ C. McCrudden, *The New Architecture of EU Equality Law after CHEZ: Did the Court of Justice reconceptualise direct and indirect discrimination?*, European Equality Law Review 2016/1, s. 5.

³² Patrz: wyrok Sądu Apelacyjnego Irlandii Północnej z dnia 24 października 2016 r. w sprawie *Lee p. Ashers*, [2016] NICA 39.

Z kolei w orzeczeniu w sprawie *Feryn*³³ TSUE uznał, że pokrzywdzenie dyskryminacyjnym zróżnicowaniem nie musi mieć charakteru rzeczywistego w postaci skonkretyzowanej osoby nierówno potraktowanej, a może mieć charakter jedynie potencjalny. Wskazywana sprawa dotyczyła publicznego oświadczenia kierownika przedsiębiorstwa o zamiarze niezatrudniania cudzoziemców lub osób pochodzenia innego niż belgijskie z uwagi na obawy klientów przed udostępnianiem swoich pomieszczeń pracownikom usługodawcy. Trybunał stwierdził, że można w takim przypadku mówić o dyskryminacji bezpośredniej, gdyż wskazywane oświadczenie może odnieść efekt zniechęcający wobec osób o określonym pochodzeniu etnicznym lub rasowym do składania odpowiedzi na oferty pracy, mimo że trudno zidentyfikować konkretną nierówno traktowaną osobę. W wyroku w sprawie *Asociatia Accept*³⁴ TSUE stwierdził z kolei, odnosząc się do oświadczenia o niezatrudnianiu osób homoseksualnych i potwierdzając tym samym zastosowanie omawianej koncepcji nie tylko w odniesieniu do pochodzenia rasowego³⁵, że takie publiczne oświadczenie nie musi pochodzić od osoby posiadającej uprawnienie do dokonywania czynności prawnych w imieniu podmiotu obwinionego, by móc uznać je za dyskryminacyjną barierę w dziedzinie zatrudnienia. Wynika z tego, że w przypadku nierównego traktowania w dostępie do dóbr i usług za dyskryminację w postaci jakichkolwiek publicznych oświadczeń można uznać również zachowanie osób faktycznie świadczących usługi w imieniu usługodawcy, bez względu na zakres ich umocowania do dokonywania czynności prawnych czy wpływu na działalność przedsiębiorstwa.

Zerwanie z personalnym charakterem cechy prawnie chronionej prowadzi do uznania, że można być dyskryminowanym nie tylko ze względu na cechę innej osoby, z którą pozostaje się w jakiejś więzi, ale również z powodu przymiotu, którego w rzeczywistości się nie posiada, ale który jest przypisywany przez osobę dyskryminującą (asumpcja)³⁶. Zarówno w orzeczeniu *Coleman* jak i wyroku w sprawie *Feryn* TSUE powoływał się na cele oraz skuteczność dyrektyw antydyskryminacyjnych, z których wynika, iż nie należy

³³ Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397.

³⁴ Wyrok TSUE z dnia 25 kwietnia 2013 r. w sprawie C-81/12, *Asociatia Accept p. Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii*, ECLI:EU:C:2013:275.

³⁵ U. Belavusau, *A Penalty Card for Homophobia from EU Non-Discrimination Law: Comment on Asociatia Accept*, Columbia Journal of European Law Vol. 21 (2015), s. 359.

³⁶ A. Stewart, S. Niccolai, C. Hoskyns, *Disability Discrimination by Association: A Case of the Double Yes?*, Social and Legal Studies Vol. 20 (2011), s. 187.

dokonywać zawężającej wykładni pojęcia dyskryminacji, jeśli oczywiście wykładnia ta mieści się w zakresie podmiotowym i przedmiotowym prawodawstwa unijnego. Odmowa uznania dyskryminacji przez asumpcję za jedną z form nierównego traktowania byłaby tymczasem właśnie taką zawężającą wykładnią. Zaprezentowane wyżej rozważania odnoszące się do dyskryminacji przeniesionej wykazały, że w zasadzie dla stwierdzenia istnienia nierównego traktowania istotniejsze niż posiadanie danej cechy jest zróżnicowanie sytuacji danego podmiotu z powodu określonej cechy. Ten sam schemat wnioskowania można zastosować w przypadku asumpcji. Jeśli osoba A traktuje nierówno osobę B, gdyż uważa, że jest ona przedstawicielką określonej mniejszości etnicznej, mimo że faktycznie do niej nie należy (błędne przypisanie cechy prawnie chronionej), to nie ma znaczenia rzeczywista przynależność etniczna osoby B, ale fakt, że domniemane pochodzenie stało się podstawą nierównego traktowania. Taka wykładnia jest zresztą zgodna z literalnym brzmieniem przepisów dyrektyw równościowych, które zakazują dyskryminacji ze względu na określone cechy, nie determinując, w jakim zakresie cechy te ma przynależeć do osoby dyskryminowanej. Należy przy tym zauważyć, że podobnie jak asocjacja, asumpcja nie stanowi odrębnej formy nierównego traktowania, a jedynie szczególnie rodzaj np. dyskryminowania bezpośredniego.

2.2. Formy dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług

2.2.1. Dyskryminacja bezpośrednia

W rozumieniu prawa UE o dyskryminacji bezpośredniej można mówić, gdy dany podmiot jest „mniej korzystnie traktowany” (element szkody, ang. *harm element*) ze względu na swoją cechę osobistą, taką jak płeć czy pochodzenie etniczne (element kauzalny, ang. *causation element*). Posługując się pojęciem gorszego traktowania w definiowaniu dyskryminacji bezpośredniej, dyrektywy wprowadzają element relatywny wymuszający dokonywanie porównania z położeniem innych osób. Badając zatem, czy w danym przypadku doszło do naruszenia zakazu dyskryminacji, nie można wyabstrahować sytuacji osoby posiadającej jakąś cechę prawnie chronioną, ale trzeba ją umiejscowić w odniesieniu do sytuacji innych osób znajdujących się, jak to stwierdzają przepisy, w porównywalnej sytuacji. Umiejscowienie to, zgodnie z definicją legalną, może odbyć się na jednej z trzech płaszczyzn – terażniejszej, przeszłej lub hipotetycznej („traktowana jest mniej korzystnie (...) niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba”)³⁷.

³⁷ Art. 2 dyrektywy 2000/43, art. 2 dyrektywy 2004/113.

Osoba względem której dokonuje się porównania, nazywana komparatorem, musi tym samym spełnić dwa podstawowe warunki. Po pierwsze, powinna odróżniać się nieposiadaniem cechy będącej w danej sytuacji relewantną dla nierównego traktowania, gdyż dopiero wówczas będzie możliwe określenie roli, jaką w danym przypadku odgrywa badana cecha (np. dostęp do usług osób pochodzenia romskiego a osób o innym pochodzeniu). Po drugie, osoba ta musi znajdować się w porównywalnej sytuacji. Jak słusznie zauważył TSUE w wyroku w sprawie *Römer*³⁸, sytuacje porównywanych osób nie muszą być identyczne. Przyjęcie założenia przeciwnego istotnie ograniczyłoby zastosowanie przepisów o zakazie dyskryminacji, jako że w wielu przypadkach trudnym mogłoby się okazać znalezienie w rzeczywistości lub stworzenie w modelu hipotetycznym podmiotu znajdującego się w dokładnie takiej samej sytuacji, ale odróżniającego się przy tym wyłącznie cechą relewantną³⁹ (tzw. lustrzany komparator, ang. *mirror comparator*⁴⁰). Wykładnia dokonana przez TSUE prowadzi zatem do wniosku, że wystarczy, by sytuacje osoby dyskryminowanej i komparatora były na tyle do siebie zbliżone, aby można było odnaleźć punkty styczne istotne w dostępie do dóbr i usług.

O ile w przypadku nierównego traktowania w obszarze zatrudnienia punkty te muszą dotyczyć kilku aspektów składających się na sytuację danej osoby, o tyle w przypadku dostępu do dóbr i usług są one w zasadzie ograniczone do dwóch punktów, tj. chęci nabycia określonych produktów lub usług w danym miejscu i czasie oraz posiadania odpowiednich zasobów do dokonania zakupu (przy założeniu, że są one udostępniane odpłatnie obiektywizuje to sytuację obu podmiotów), gdyż do tego w istocie ogranicza się relacja między usługodawcami a usługobiorcami. Z uwagi na zorganizowany i stosunkowo długotrwały charakter stosunków związanych z zatrudnieniem na sytuację każdej osoby składa się wiele czynników, takich jak umiejscowienie w hierarchicznej strukturze organizacji, wymiar zadań, zakres odpowiedzialności, doświadczenie zawodowe czy staż pracy. Te wszystkie czynniki stają się punktami, na bazie których można konstruować odpowiedni model porównawczy. Tymczasem w przypadku dostępu do dóbr i usług wszelkie relacje między osobą dyskryminowaną a potencjalnym komparatorem oraz dostawcą mają w zasadzie charakter

³⁸ Wyrok TSUE z dnia 10 maja 2011r. w sprawie C-147/08, *J. Römer p. Freie ind Hansestadt Hamburg*, ECLI:EU:C:2011:286, pkt. 42.

³⁹ S. Goldberg, *Discrimination by Comparison*, Yale Law Journal, Vol. 120, No. 4, s. 731.

⁴⁰ Por. np. uzasadnienie do wyroku kanadyjskiego Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2011 r. w sprawie *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 Supreme Court Reports 396.

incydentalny, w związku z czym musi w ich przypadku istnieć mniej punktów stycznych koniecznych do stwierdzenia istnienia sytuacji porównywalnej. Można to zobrazować, posługując się prostym porównaniem, w której osobie A dostarczona zostaje usługa X, ale osoba B spotyka się z odmową nie z uwagi na obiektywne okoliczności takie jak brak środków nabywczych czy niedostępność usługi, ale z uwagi na swoje pochodzenie etniczne, inne niż osoby A. Jedyne wspólne mianowniki łączące osoby A i B, a zatem wystarczające do stworzenia porównywalnej sytuacji w rozumieniu dyrektyw, to po pierwsze chęć nabycia usługi X u danego dostawcy, a po drugie posiadanie środków to umożliwiających. Gdyby uznać, że sytuacja obu podmiotów musi być identyczna, należałoby zapewne udowodnić, że nie różnią się one chociażby posiadanymi zasobami materialnymi, momentem dokonywania transakcji czy też wyborem wariantu usługi X, aczkolwiek byłoby to nieistotne dla uznania, iż doszło do naruszenia zakazu dyskryminacji. W przywoływanym już wyżej wyroku w sprawie *Römer* TSUE wskazał ponadto, że porównanie musi zostać przeprowadzone w sposób jak najbardziej skonkretyzowany i szczegółowy w świetle badanego przypadku⁴¹. Chodzi zatem o to, by porównanie bazowało na dokładnej analizie czynników składających się na porównywalną sytuację, przede wszystkim tych statuujących komparatora. Spełnienie tego wymogu nie wydaje się trudne w przypadku dostępu do dóbr i usług, jak podniesiono już wyżej, gdyż wystarczy wykazać, że nie zachodzą obiektywne przesłanki różnicujące sytuację dwóch podmiotów w zakresie zdolności nabywczej. W przypadku relacji o bardziej złożonej i skomplikowanej naturze, takich jak chociażby wspomniane wcześniej stosunki w obszarze zatrudnienia, może natomiast okazać się, że dany podmiot tylko *prima facie* spełniał kryteria pozwalające na porównanie z nim osoby zarzucającą naruszenie zakazu dyskryminacji.

A. Emanuel zwraca z kolei uwagę, że przy analizie porównywalności istotne jest rozdzielenie kwestii komparatora zarówno od kausalności, jak i ewentualnego uzasadnienia nierównego traktowania⁴². Słusznie zauważa, że te trzy elementy nie mogą być rozpatrywane łącznie, dopóki nie ustali się, kim jest komparator – w przeciwnym razie istnieje ryzyko, iż będą one miały wpływ na ustalenie właściwego odniesienia, np. gdy osoba dokonująca porównania przyjmuje *prima facie* nieistnienie dyskryminacji w określonym przypadku. Zdaniem A. Emanuela ryzyko to wynika z nie zawsze wyraźnie zarysowanej granicy pomiędzy

⁴¹ Wyrok TSUE z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie C-147/08, *J. Römer p. Freie und Hansestadt Hamburg*, ECLI:EU:C:2011:286, pkt 42.

⁴² A. Emanuel, *To Whom Will Ye Liken Me, and Make Me Equal – Reformulating the Role of the Comparator in the Identification of Discrimination*, Victoria University of Wellington Law review, Vol. 45 (2014), Issue 4, s. 5.

ustaleniem a uzasadnieniem nierównego traktowania – wykazanie, iż nie doszło do dyskryminacji bezpośredniej będzie bowiem często polegało na udowodnieniu, że podmioty nie znajdowały się w sytuacji porównywalnej (wykazanie błędu w doborze komparatora). Podzielając zastrzeżenia A. Emanuela, można przyjąć, iż w przypadku zarzutu bezpośredniego nierównego traktowania pierwszym etapem analizy powinno być ustalenie, kim może być osoba w porównywalnej sytuacji (np. przy zarzucie dyskryminacji rasowej usługobiorca nienależący do mniejszości etnicznej, również dysponujący zasobami umożliwiającymi nabycie usługi). Jak się zdaje, dzięki dopuszczeniu stosowania modelu hipotetycznego prawo UE ułatwia ten etap analizy, gdyż nie jest konieczne ustalenie, czy koncepcyjny komparator istnieje w rzeczywistości (choć oczywiście znalezienie osoby znajdującej się w rzeczywistości porównywalnej sytuacji z pewnością ułatwia późniejszą analizę pod kątem kauzalności).

W doktrynie instytucja komparatora spotyka się jednak z krytyką. Przed wprowadzeniem definicji prawnej dyskryminacji bezpośredniej wraz z przyjęciem nowych dyrektyw antidyskryminacyjnych w 2000 r. przepisy posługiwały się ogólnym pojęciem zakazu dyskryminacji, przywołując jedynie jego podstawowe formy⁴³ (przy czym definicję legalną dyskryminacji pośredniej wprowadzono do unijnego prawodawstwa już w 1997 r.⁴⁴). Jak słusznie zauważa J. Mair, ograniczono w ten sposób zakres zastosowania nowych przepisów poprzez znaczeniowe zawężenie pojęcia dyskryminacji bezpośredniej⁴⁵. Przed wprowadzeniem definicji odsyłającej do komparatora możliwe było bowiem objęcie ochroną przypadków, w których relatywizacja położenia nie była oczywista. W tym kontekście należy przywołać przede wszystkim wyrok TSUE w sprawie *Dekker*⁴⁶ dotyczącej odmowy zatrudnienia ze względu na ciążę. TSUE uznał, iż wyłącznie w przypadku kobiet podstawą takiej decyzji może być stan ciąży, co oznacza, że taka odmowa stanowi przejaw dyskryminacji

⁴³ Np. Dyrektywa Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotycząca ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć stanowiła w art. 2 ust.1, że *do celów niniejszej dyrektywy zasada równości traktowania oznacza, że nie istnieje jakakolwiek dyskryminacja ze względu na płeć, ani bezpośrednia, ani pośrednia.*

⁴⁴ Art. 2 ust. 2 dyrektywy 97/80/WE stanowił, że *pośrednia dyskryminacja ma miejsce wtedy, gdy pozornie obojętny przepis, kryterium lub praktyka znacząco pogarsza sytuację większej części przedstawicieli jednej płci, chyba że przepis ten, kryterium lub praktyka są właściwe i niezbędne oraz mogą być usprawiedliwione obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z płcią.*

⁴⁵ J. Mair, *Direct Discrimination: Limited by Definition*, International Journal of Discrimination and The Law, Vol. 10, Issue 1 (2009), s.6.

⁴⁶ Wyrok TSUE z dnia 8 listopada 1990 r. w sprawie C-177/88, *E. Dekker p. VJC Centrum Plus*, ECLI:EU:C:1990:383.

bezpośredniej ze względu na płeć⁴⁷. Przyjęcie takiego rozumowania oznacza, że nie ma znaczenia odniesienie sytuacji kobiety w ciąży do sytuacji mężczyzny mogącego potencjalnie być w podobnej lub porównywalnej sytuacji⁴⁸.

Na tle tego orzeczenia pojawia się jednak pytanie, czy w świetle obecnych regulacji można by zakwalifikować taki przypadek jako dyskryminację bezpośrednią z pominięciem wymogu wskazania odpowiedniego komparatora. Nie budzi wątpliwości stwierdzenie, że nie byłoby to możliwe z uwagi na jasne brzmienie przepisów („traktowana jest mniej korzystnie (...) niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba”⁴⁹), co niesie konieczność znalezienia osoby, z którą można by dokonać porównania. Okazuje się jednak, że w przypadku kobiet w ciąży jest to niezwykle trudne. Przede wszystkim, by mówić o dyskryminacji ze względu na płeć, należałoby dokonać porównania między kobietą a mężczyzną, a nie między kobietą w ciąży i kobietą niebędącą w ciąży. Nie można jednak uznać, by mężczyzna mógł znaleźć się w sytuacji porównywalnej do kobiety ciężarnej, skoro sam co do zasady nigdy nie będzie w ciąży. W praktyce różnych jurysdykcji próbowano sobie poradzić z tym problemem porównując np. kobietę w ciąży do chorego mężczyzny⁵⁰, co nie zasługuje na aprobatę z uwagi na wyłącznie pozorną porównywalność sytuacji tych dwóch podmiotów. Pytaniem otwartym pozostaje, czy w obecnym stanie prawnym TSUE byłby w stanie zbudować przekonującą argumentację pozwalającą na uznanie aktualności poglądu wyrażonego w wyroku *Dekker*. Tym samym należy uznać, że również w odniesieniu do dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług nie ma możliwości zakwalifikowania jakiegoś przypadku jako dyskryminacji bezpośredniej bez właściwego komparatora. Wyjątek stanowi jedynie dyrektywa 2004/113, która w motywie 20 preambuły stwierdza, iż „mniej korzystne traktowanie kobiet ze względu na ciążę i macierzyństwo powinno być uznane za formę bezpośredniej dyskryminacji ze względu na płeć”.

Jak podnoszą C. Campbell oraz D. Smith, konieczność dokonania porównania rodzi wiele doniosłych problemów praktycznych, np. niemożność określenia, jak naprawdę

⁴⁷ *Ibidem*, pkt 12.

⁴⁸ *Ibidem*, pkt 18.

⁴⁹ Art. 2 dyrektywy 2000/43, art. 2 dyrektywy 2004/113.

⁵⁰ Por. np. wyrok TSUE z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-32/93, *C. Webb p. EMO Air Cargo (UK) LTD*, ECLI:EU:C:1994:300, pkt 24.

potraktowano by komparatora, gdy dla porównania stosuje się model hipotetyczny⁵¹. Proponują oni wobec tego odejście od komparatywnego rozumienia dyskryminacji i zastąpienie, jak to określają, testu mniej korzystnego traktowania (do tego ujęcia odwołują się dyrektywy) testem niekorzystnego traktowania. Chociaż w prawie unijnym zastosowanie tej koncepcji wiązałoby się z koniecznością zmiany stanu prawnego, warto zwrócić na nią uwagę ze względu na jej walor teoretyczny. Istotą przekonstruowania testu porównawczego w propozycji C. Campbella i D. Smitha jest odejście od relatywizacji w definicyjnym elemencie szkody – osoba zarzucająca nierówne traktowanie musiałaby wykazać jedynie, że jest gorzej traktowana z uwagi na jakąś cechę osobistą (element kauzalny nie może wszakże ulec jakimkolwiek przekształceniu z uwagi na kluczową rolę w definiowaniu dyskryminacji). Nie musiałaby już natomiast odnosić swojego położenia do jakiegokolwiek innego podmiotu⁵². Prowadzi to jednak do postawienia pytania o definicję niekorzystnego traktowania.

W przypadku mniej korzystnego traktowania sytuacja jest prosta właśnie z uwagi na komparatora – dana osoba jest traktowana mniej korzystnie, jeśli nie ma takiego dostępu do dóbr i usług jak komparator. Przy rozważaniu koncepcji C. Campbella i D. Smitha określenie, czym jest niekorzystne traktowanie okazuje się istotne dla uznania, czy można w ogóle wyeliminować komparatora z pojęcia dyskryminacji bezpośredniej. Proponują oni w tym względzie trzy różne podejścia, tj. oparte na interesach osoby dyskryminowanej (ang. *the interests approach*), na jej uzasadnionych oczekiwaniach (ang. *reasonable expectations*) albo na wartościach (ang. *the value-based approach*). Wedle pierwszego z nich badanie, czy doszło do niekorzystnego traktowania miałyby polegać na określeniu, czy konsekwencje potraktowania osoby zarzucającej nierówne traktowanie odniosły pozytywny czy negatywny skutek dla jej interesów⁵³. Podejście to, bazujące przede wszystkim na założeniu, że pewne szczególnie doniosłe interesy nie mogą podlegać porównaniu, nie rozwiązuje jednak problemu komparatora, gdyż jak podnoszą autorzy, w pewnych sytuacjach nie dotyka ono istoty problemu, a konieczne mogłoby okazać się odwołanie do interesów innych osób. Obrazują to przykładem kobiety, która nie została awansowana, podczas gdy promocję otrzymali jej męscy współpracownicy – mogłaby w myśl prezentowanego ujęcia powołać się na naruszenie jej interesu ekonomicznego, jeśli awans wiązał się ze wzrostem wynagrodzenia. Tymczasem

⁵¹ C. Campbell, D. Smith, *Direct Discrimination without a Comparator: Moving to a Test of Unfavourable Treatment*, *Federal Law Review*, Vol. 43 (2015), s. 92.

⁵² *Ibidem*, s. 93.

⁵³ *Ibidem*, s. 98.

w istocie naruszenie polega w przywoływanej sytuacji na nieotrzymaniu awansu w warunkach, które dotyczą pracowników płci przeciwnej. Dopiero w tym odwołaniu do płciowego różnicowania dostrzegalny jest kauzalny element dyskryminacji bezpośredniej. Omawiane podejście ma również inną wadę – zbyt łatwo jest zakwalifikować naruszenie interesów jako niekorzystne traktowanie, gdyż nie występują żadne kryteria uznawania ich relewantności.

Tę nadmierną „pojemność” pierwszej teorii ma ograniczyć druga z nich, czyli podejście oparte na uzasadnionych oczekiwaniach osoby niekorzystnie traktowanej. W tym ujęciu C. Campbell i D. Smith definiują niekorzystne traktowanie jako sytuację, w której działania mogące nosić znamiona dyskryminacji prowadzą do niespełnienia racjonalnych oczekiwań, jakie w danej sytuacji mogła mieć osoba posiadająca pewną cechę prawnie chronioną⁵⁴. Wyżej przywoływany przykład awansu pokazuje jednak, że i w tym ujęciu nie da się uniknąć porównania z innymi podmiotami dla stwierdzenia dyskryminacji bezpośredniej. Rozsądnym oczekiwaniem jest otrzymanie awansu, gdy spełnia się warunki jego otrzymania, jednak wykazanie spełnienia warunku kausalnego, który pozostaje niezmienny i kluczowy dla stwierdzenia dyskryminacji bezpośredniej, ponownie warunkowane jest odniesieniem sytuacji tej kobiety do jej męskich współpracowników. Ich rozsądne oczekiwanie awansu nie będzie miało co prawda znaczenia, ale dopiero przy dokonaniu porównania z nimi element kausalny może stać się dostatecznie widoczny. W trzeciej teorii C. Campbell i D. Smith definiują niekorzystne traktowanie jako naruszenie wartości stanowiących podstawę zakazu dyskryminacji, choć nie ma jasności, o jakie wartości chodzi – mogą to być np. sprawiedliwość, równość czy też wolność do podejmowania decyzji w sposób wolny od arbitralności opartej na uprzedzeniach. Dopiero ostatnia z wymienionych wartości pozwala wyeliminować konieczność znalezienia odpowiedniego komparatora w przypadku dyskryminacji bezpośredniej⁵⁵. Nie ma bowiem znaczenia, jak potraktowano inne osoby – wystarczającym warunkiem jest uznanie, że ze względu na cechę prawnie chronioną (element kausalny) zostało zawężone pole wyboru danej osoby, gdyż przy podejmowaniu decyzji została ona ograniczona decyzją opartą na uprzedzeniach albo musiała swoją cech brać pod uwagę przy podejmowaniu decyzji (element szkody).

W związku z zaprezentowanymi tezami pojawia się pytanie, oczywiście rozważane jedynie w aspekcie teoretycznym wobec jasnego brzmienia przepisów definiujących

⁵⁴ *Ibidem*, s. 103.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 113.

dyskryminację bezpośrednią, czy koncepcje C. Campbella i D. Smitha da się odnieść do nierównego traktowania w obszarze dostępu do dóbr i usług, mimo że okazują się niemożliwe do zastosowania do dyskryminacji bezpośredniej *per se*, jak wykazało odwołanie się do przykładu ze sfery stosunków zatrudnienia. Pytanie to jest o tyle zasadne, że, jak już podniesiono wcześniej, w tym obszarze życia społecznego relacje między osobami nierówno traktowanymi a osobami nierówno traktującymi są mniej złożone i zazwyczaj mają charakter incydentalny. Dyskryminacja bezpośrednia w tym obszarze może w istocie polegać albo na odmowie świadczenia usług albo na świadczeniu usług gorszej jakości. O ile zatem w pierwszym przypadku można by rozważyć przeprowadzenie testu niekorzystnego traktowania w oparciu o koncepcję bazującą na wartościach (ograniczenie rynkowej wolności wyboru na mocy arbitralnej decyzji opartej na zakazanym kryterium dyferencjacji), o tyle w drugim z nich w sposób oczywisty nie można by uniknąć odniesienia do osoby znajdującej się w porównywalnej sytuacji.

2.2.2. Dyskryminacja pośrednia

W rozumieniu prawa UE o dyskryminacji pośredniej można mówić, gdy „pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji” (element szkody) podmiotów posiadających określoną cechę prawnie chronioną taką jak płeć czy pochodzenie rasowe (element kauzalny) „w stosunku do innych osób”⁵⁶. Pozorna neutralność oznacza, że dane działanie odnosi się do innych kryteriów niż cecha prawnie chroniona⁵⁷ („czynników różniących się od chronionej cechy, a nie czynników równoważnych z tą cechą”⁵⁸), co sprawia, iż z pozoru lub *prima facie* zdaje się ono neutralne⁵⁹, podczas gdy w rzeczywistości stawia osoby wyróżniające się daną cechą w niekorzystnej sytuacji⁶⁰, wywołując efekt podobny do działań podejmowanych w związku z zabronionym

⁵⁶ Art. 2 ust. 2 pkt b dyrektywy 2000/43, art. 2 pkt b dyrektywy 2004/113.

⁵⁷ Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2017 r. w sprawie C-406/15, *P. Milkova p. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, ECLI:EU:C:2017:198, pkt 43.

⁵⁸ Wyrok z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zashtita o diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480, pkt 109.

⁵⁹ Opinia rzeczniczki generalnej J. Kokott przedstawiona w dniu 20 września 2012 r. w sprawie C-394/11, *W. Belov p. CHEZ Elektro Bulgaria AD i inni*, EU:C:2012:585, pkt 92.

⁶⁰ Wyrok TSUE z dnia 14 marca 2017 r. w sprawie C-157/15, *S. Achbita i inni p. G4S Secure Solutions NV*, ECLI:EU:C:2017:203, pkt 44.

kryterium⁶¹, przy czym nie ma znaczenia, czy efekt ten był zamierzony czy też stał się niejako produktem ubocznym stosowanych przepisów, kryteriów lub praktyk⁶².

Element kazualny dyskryminacji pośredniej jest ściśle powiązany z tzw kryterium zbiorowości oznaczającym, że podjęte działania mogą dotyczyć ogólnie osób posiadających daną cechę prawnie chronioną, co wynika z literalnego brzmienia przepisów dyrektyw odnoszących się do dostępu do dóbr i usług. Ten kolektywny wymiar zjawiska prowadzi oczywiście do pytania, kiedy należy uznać, że osoby posiadające cechę A są narażone na postawienie w szczególnie niekorzystnej sytuacji względem osób nieposiadających tejże cechy. Inaczej ujmując problem, można stwierdzić, że należałoby rozważyć, czy słowo „szczególnie” odnosi się jednak nie do elementu szkody, ale do elementu kauzalnego. Niewykluczona wydaje się wykładnia zakładająca, że „szczególnie niekorzystna sytuacja” to ta, która dotyka lub może dotknąć szczególnie wielu osób posiadających cechę A. Przyjął ją zresztą TSUE w orzeczeniu *CHEZ*, uznając, że pojęcie to nie oznacza szczególnie ciężkiego przypadku nierówności, ale że „to szczególnie osoby danego pochodzenia rasowego lub etnicznego znajdują się w niekorzystnej sytuacji ze względu na sporny przepis, sporne kryterium lub sporną praktykę”⁶³. Element szkody należałoby wobec tego zdefiniować wyłącznie jako narażenie na pokrzywdzenie w stosunku do innych osób (literalna wykładnia nie wymaga zaistnienia jakiegokolwiek pokrzywdzenia – „mogą doprowadzić”), bez względu na wielkość potencjalnej szkody, która może mieć znaczenie dopiero przy ocenie doboru właściwych sankcji.

W kwestii określenia, jak daleko mają sięgać skutki dyskryminacji pośredniej, by można było mówić o „szczególnie niekorzystnej sytuacji”, możliwe jest przyjęcie jednej z dwóch teorii – kompletnej separacji albo nieproporcjonalnie negatywnych skutków⁶⁴. Pierwsza z nich zakłada, że wszyscy członkowie grupy posiadającej cechę A muszą być traktowani w inny sposób niż członkowie grupy nie-A, w związku z czym choćby jeden przypadek, w którym osoba A oraz osoba nie-A są traktowane w ten sam sposób, wyklucza zaistnienie dyskryminacji pośredniej. Teorię tę należy ocenić krytycznie z uwagi

⁶¹ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012, s. 267

⁶² O. Smith, *A pandisability analysis? The possibilities and pitfalls of indirect disability discrimination*, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 60, s. 371.

⁶³ Wyrok z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zashtita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480, pkt 109.

⁶⁴ S. Mize, *Indirect Discrimination Reconsidered*, New Zealand Law Review, No. 1/2007, s. 37.

na nieuwzględnienie przez nią złożoności stosunków społecznych oraz wielowymiarowości ludzkiej tożsamości. Założenie, że wszystkie osoby posiadające cechę A będą z uwagi na nią traktowane w ten sam sposób jest możliwe jedynie w ujęciu teoretycznym przy założeniu sytuacji idealnej (por. wyżej omówione pojęcie lustrzanych komparatorów). Tymczasem prawdopodobne wydaje się, że pomimo tożsamości cechy osobowej stanowiącej kryterium dyskryminacji, z uwagi na różnice w innych cechach określających ich stan osobowy czy materialny podmioty je posiadające będą w sposób odmienny poddawane skutkom działania noszącego znamiona dyskryminacji pośredniej. Słusznie zauważa S. Mize, że np. wyróżnienie dwóch grup ze względu na fakt bycia w ciąży nie musi doprowadzić do ich podziału wedle płci, gdyż w grupie osób niebędących w ciąży mogą znaleźć się również kobiety⁶⁵.

Z tego względu na uznanie zasługuje teoria nieproporcjonalnie negatywnych skutków, która dopuszcza, że osoby z różnych grup mogą w ten sam sposób zostać pokrzywdzone kwestionowanym działaniem. Ważne jest natomiast, by występowała znacząca różnica w proporcji między tymi grupami, tzn. by wyraźnie więcej osób posiadających cechę A było w szczególnie niekorzystnej sytuacji w odniesieniu do osób niewyróżniających się brany pod uwagę kryterium⁶⁶. Podejście to stosuje TSUE, który chociażby w wyroku w sprawie *A Governemnt department* potwierdził swoją dotychczasową linię orzecniczą przyjętą w sprawach dotyczących dyskryminacji płciowej, stwierdzając, że do dyskryminacji pośredniej dochodzi, gdy przepis, kryterium lub praktyka „faktycznie działa na niekorzyść znacznie większej liczby” osób posiadających daną cechę w stosunku do tych, którzy tej cechy nie mają⁶⁷. W wyroku w sprawie *CHEZ* TSUE potwierdził, że podejście to odnosi się nie tylko do płci, ale ogólnie do dyskryminacji pośredniej⁶⁸.

Pojawia się oczywiście pytanie, jak należałoby zdefiniować „znacznie większą liczbę”, szczególnie przy założeniu, że nawet jedna osoba może być dotknięta dyskryminacją pośrednią. Przepisy dyrektyw nie wymagają, by „szczególnie niekorzystna sytuacja” faktycznie dotyczyła grupy osób, przenosząc ciężar definicyjny na element szkody. Może to mieć szczególnie istotne znaczenie w obszarze dostępu do dóbr i usług, gdzie nie tylko relacje

⁶⁵ *Ibidem*, s. 38.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 39.

⁶⁷ Wyrok TSUE z dnia 18 marca 2014 r. w sprawie C-363/12, *A Government department p. The Board of management of a community school*, ECLI:EU:C:2014:159, pkt 53.

⁶⁸ Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zashtita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480, pkt 94.

między usługodawcami i usługobiorcami mają charakter incydentalny w porównaniu do sfery zatrudnienia, ale gdzie również stopień powiązań między członkami grup wyróżnionych ze względu na jakąś cechę jest znikomy. Takie rozłożenie akcentu w dyrektywach prowadzi do wniosku, że TSUE powinien odstąpić od poglądu o roli proporcji, gdyż nie znajduje on oparcia w literalnym brzmieniu dyrektyw definiujących pośrednie dyskryminowanie⁶⁹. Należałoby w związku z tym przyjąć, że pojęcie „szczególnie niekorzystnej sytuacji” nie odnosi się jednak do kolektywnego aspektu elementu kausalnego, ale do elementu szkody. Trybunał zdaje się jednak wciąż przywiązywać wagę do proporcji między porównywanymi grupami, czemu dał wyraz chociażby w orzeczeniu *Esoterikon*, stwierdzając, że kwestionowane pozornie neutralne kryterium musi być „niekorzystne dla znacznie wyższej liczby osób płci żeńskiej w porównaniu z osobami płci męskiej”⁷⁰.

Element kausalny rodzi także problem doboru odpowiedniego komparatora, skoro ocena szczególnie niekorzystnej sytuacji odbywa się w odniesieniu do innych osób. Należy uznać, że aktualne w tym wypadku pozostają uwagi poczynione w odniesieniu do dyskryminacji bezpośredniej, przy czym należy zwrócić uwagę, że literalne brzmienie przepisów definiujących dyskryminację pośrednią nie posługuje się pojęciem sytuacji porównywalnej. Uzasadnione wydawać by się mogło w związku z tym twierdzenie, że w przypadku dyskryminacji pośredniej reguły doboru komparatora powinny być mniej rygorystyczne. Istota porównywania sytuacji dwóch podmiotów nie pozwala jednak przyjąć takiego założenia – skoro ma ono doprowadzić do zobrazowania nierówności w ich położeniu, muszą oni wykazywać podobne cechy, chociażby właśnie w odniesieniu do znajdowania się w porównywalnej sytuacji (np. możliwość oraz wola nabycia określonej usługi u określonego usługodawcy). Z uwagi na niejako kolektywny charakter tej formy nierównego traktowania porównanie musi zostać dokonane nie tylko z komparatorem, ale również wewnątrz grupy wyróżnionej ze względu na cechę prawnie chronioną⁷¹, skoro szczególnie niekorzystna sytuacja ma dotyczyć nie indywidualnie określonego podmiotu, ale potencjalnie generalnie osób posiadających daną cechę i dopiero poprzez ten fakt może dotyczyć chociażby pojedynczej osoby.

⁶⁹ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, op. cit., s. 272.

⁷⁰ Wyrok TSUE z dnia 18 października 2017 r., *Ypourgos Esoterikon i inni p. Marii-Eleni Kalliri*, sygn. C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767.

⁷¹ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej: rozwój i istota koncepcji*, Gdańskie Studia Prawnicze 2011, t. XXV, s. 275.

Istotnym elementem definicyjnym dyskryminacji pośredniej jest możliwość jej uzasadnienia – „chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne”⁷². TSUE przyjmuje w związku z tym w swoim orzecznictwie, że stosowane przepisy, kryteria lub praktyki „muszą być odpowiednie dla realizacji słusznego celu i nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu”⁷³. Unijne prawodawstwo nie zawiera jakiegokolwiek katalogu celów uzasadniających pośrednie nierówne traktowanie⁷⁴, jednak można wskazać ogólne kryteria, jakie taki cel powinien spełniać, m.in. zgodność z prawem, realizowanie rzeczywistych interesów osoby stosującej określone środki⁷⁵ oraz brak odniesienia do kryterium dyskryminacyjnego⁷⁶. W orzecznictwie TSUE za takie cele uznano dotychczas, w zależności od tego, czy dotyczyło to państw członkowskich czy podmiotów prywatnych, np. wspieranie integracji osób z niepełnosprawnościami⁷⁷ czy też wsparcie zatrudnienia oraz rekrutacji⁷⁸. W najnowszym orzecznictwie TSUE zazwyczaj ceduje jednak na sądy krajowe, znające specyfikę uwarunkowań społecznych, kulturowych i prawnych, uznanie, czy cel znajduje uzasadnienie w świetle prawa unijnego.

Z kolei w odniesieniu do środków przedsięwziętych dla osiągnięcia zgodnego z prawem celu, stosuje się test proporcjonalności. Muszą one być zatem odpowiednie do osiągnięcia założonego celu oraz konieczne, co oznacza, że nie istniały inne, przede wszystkim mniej uciążliwe, środki. Jak wyjaśnił TSUE w orzeczeniu *Nikoloudi*, próbując uzasadnić pośrednie nierówne traktowanie, należy mieć na uwadze „możliwość osiągnięcia w inny sposób celów”, a także czy podjęte środki „są w stanie przyczynić się do realizacji

⁷² Art. 2 ust. 2 pkt b dyrektywy 2000/43, art. 2 pkt b dyrektywy 2004/113.

⁷³ Por. np. wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2016 r. w sprawie C-308/14, *Komisja Europejska p. Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, ECLI:EU:C:2016:436, pkt 79.

⁷⁴ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Obiektywne uzasadnienie jako istotny element dyskryminacji pośredniej – uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, Studia Europejskie nr 1/2017 (81), s. 143.

⁷⁵ Wyrok TSUE z dnia 13 maja 1986 r. w sprawie C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH p. Karin Weber von Hartz*, ECLI:EU:C:1986:204, pkt 37.

⁷⁶ S. Mize, *op. cit.*, s. 55.

⁷⁷ Wyrok TSUE z dnia 1 października 2009 r. w sprawie C-103/08, *A. Gottwald p. Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, ECLI:EU:C:2009:59, pkt 32.

⁷⁸ Wyrok TSUE z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-77/02, *E. Steinicke p. Bundesanstalt für Arbeit*, ECLI:EU:C:2003:458, pkt 62.

celów”⁷⁹. Pierwsza uwaga Trybunału odnosi się do konieczności środka, którą należy w świetle przytaczanego orzeczenia rozumieć jako niemożność zastosowania środka mniej dolegliwego, tj. skutkującego mniejszym pokrzywdzeniem dla grupy wyróżnionej ze względu na cechę prawnie chronioną. Odpowiedniość oznacza z kolei, że środki podejmowane są nie dla pozoru, ale faktycznie mogą pomóc w osiągnięciu zakładanych celów. Jak się zdaje, środki te nie muszą w sposób rzeczywisty przyczynić się do realizacji celów, ale wystarczy, iż jedynie potencjalnie mogą to uczynić. Warto zauważyć również, że w stosunku do testu proporcjonalności TSUE stosuje swego rodzaju stopniowanie cech prawnie chronionych. W orzeczeniu *CHEZ* uznał bowiem, że „w wypadku odmiennego traktowania ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne pojęcie obiektywnego uzasadnienia należy interpretować w sposób zawężający”⁸⁰.

2.2.3. Dyskryminacja bezpośrednia i pośrednia w świetle orzeczenia *CHEZ*

J. Maliszewska-Nienartowicz podnosi, że dyskryminację bezpośrednią od pośredniej odróżnia przede wszystkim jej kauzalność – dla pierwszej ze wskazywanych form nierównego traktowania oparcie na zakazanym kryterium dyferencjacji jest kluczowym elementem definicyjnym, podczas gdy druga z nich jest konceptem bardziej zorientowanym na efekt niż przyczynę⁸¹. Poza tym na podstawie definicji legalnych zawartych w dyrektywach równościowych można również wskazać na różnicę dotyczącą porównania – w przypadku dyskryminacji bezpośredniej, jak wskazano wyżej, konieczne jest porównanie z jednostkowym komparatorem, podczas gdy dyskryminacja pośrednia opiera się na odniesieniu do sytuacji grupy wyróżnionej ze względu na jakąś cechę prawnie chronioną. Przy dokonywaniu zestawienia tych podstawowych form nierównego traktowania należy wskazać także na różny zakres uzasadnienia – bezpośrednio nierówne traktowanie nie może być w zasadzie uzasadnione w przypadku dostępu do dóbr i usług⁸², podczas gdy dość szeroka i elastyczna możliwość uzasadnienia jest elementem definicyjnym formy pośredniej.

⁷⁹ Wyrok TSUE z dnia 10 marca 2005 r. w sprawie C-196/02, *V. Nikoloudi p. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, ECLI:EU:C:2005:141, pkt 48.

⁸⁰ Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zasztitata ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480, pkt 112.

⁸¹ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Direct and Indirect Discrimination in European Union Law – How to Draw a Dividing Line?*, International Journal of Social Sciences, Vol. III (2014), No. 1, s.43.

⁸² Przy innych elementach składowych zakresu przedmiotowego istnieją pewne wyjątki, por. np. postanowienia dyrektywy 2000/78 w zakresie dyskryminacji wiekowej lub wyjątków od zasady równego traktowania, które mogą prowadzić do zatarcia pewnych różnic między dyskryminacją bezpośrednią a pośrednią.

W kwestii dalszego rozróżnienia tych pojęć w dostępie do dóbr i usług należy zwrócić szczególną uwagę na wyrok w sprawie *CHEZ*⁸³ dotyczący dyskryminacji rasowej w dostępie do usług związanych z dostarczaniem energii elektrycznej. Z uwagi na niezwykle istotną argumentacją prawną należy pokrótce przedstawić ściśle z nią związany stan faktyczny. Poszkodowana prowadziła jednoosobową handlową działalność gospodarczą w dzielnicy zamieszkałej w zdecydowanej większości przez osoby pochodzenia romskiego. Tylko w tej dzielnicy spółka energetyczna CHEZ zdecydowała się na zamontowanie liczników energii elektrycznej na wysokości ok. sześciu metrów, co uniemożliwiało samodzielny odczyt ich stanu. W dzielnicach niezamieszkałych tak liczniki przez osoby pochodzenia romskiego liczniki umieszczane były na wysokości niestwarzającej podobnego problemu. Spółka przewidziała jednak dla mieszkańców wskazywanego obszaru możliwość odpłatnego zamontowania specjalnego licznika kontrolnego w lokalu zainteresowanego odbiorcy energii albo nieodpłatnego udostępnienia, w terminie trzech dni od złożenia pisemnego wniosku, specjalnego podnośnika umożliwiającego dokonanie odczytu, co w istocie prowadziło do świadczenia usługi gorszej jakości w porównaniu do mieszkańców innych dzielnic. Brak możliwości osobistego skontrolowania zużycia energii bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów stał się podstawą skargi poszkodowanej, która podnosiła, że padła ofiarą dyskryminacji bezpośredniej ze względu na narodowość, mimo że sama nie należała do mniejszości romskiej. Dostawca energii tłumaczył bowiem zastosowane środki właśnie narodowością większości mieszkańców dzielnicy i związanym z tym m.in. nielegalnym poborem prądu. Bułgarski sąd, powziąwszy wątpliwość co do wykładni przepisów dyrektywy rasowej, zadał TSUE kilka pytań prejudycjalnych, które zmierzały w istocie do ustalenia, czy w omawianym przypadku doszło do wyczerpania znamion dyskryminacji bezpośredniej czy pośredniej.

Rzeczniczka generalna J. Kokott wskazała, że decyzja w tym względzie ma nie tylko charakter teoretyczny, ale istotna jest również w sensie prawnym z uwagi na odmienne możliwości uzasadnienia, co podkreślono już wyżej. Uznała ona, że do dyskryminacji bezpośredniej może dojść nie tylko poprzez zastosowanie środka motywowanego daną cechą prawnie chronioną, co wynika z literalnej wykładni definicji legalnej, ale także poprzez użycie pozornie neutralnego środka, który w rzeczywistości dotyczył będzie (lub może dotyczyć)

⁸³ Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zashtita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480.

jedynie osób posiadających daną cechę⁸⁴. Zdaniem rzeczniczki takie rozumienie pojęcia dyskryminacji bezpośredniej możliwe jest także na gruncie dotychczasowego orzecznictwa TSUE, uznającego np. odniesienie do ciąży za dyskryminowanie bezpośrednie, gdyż może ono dotyczyć wyłącznie kobiet⁸⁵, odwołanie do wieku emerytalnego za mogące odnieść skutki tylko wobec osób w określonym wieku⁸⁶, a przyznanie nierównych korzyści osobom pozostającym w związkach małżeńskich i tym będącym w sformalizowanych związkach partnerskich może dotyczyć wyłącznie osób o orientacji nieheteroseksualnej, jeśli nie posiadają one prawa do zawarcia związku małżeńskiego⁸⁷.

Zaproponowana przez rzeczniczkę definicja dyskryminacji bezpośredniej wydaje się dość rewolucyjna. Uznaje ona bowiem, że do tej formy nierównego traktowania może dojść poprzez zastosowanie z pozoru neutralnego środka o charakterze kolektywnym, co zgodnie z definicją zawartą w dyrektywach było w zasadzie przypisane wyłącznie dyskryminacji pośredniej. Należy jednak w tym zakresie podzielić stanowisko rzeczniczki, gdyż żadna z dyrektyw definiujących bezpośrednio nierówne traktowanie nie zawiera jakiegokolwiek katalogu ograniczającego spektrum środków mogących prowadzić do tej formy naruszenia zakazu dyskryminacji. Nie ma zatem żadnych przeszkód, by uznać, że do tych środków może należeć również ten z pozoru neutralny. Z uzasadnienia prezentowanego stanowiska, a przede wszystkim przywoływanego orzecznictwa, należy wnioskować, że środek taki może mieć charakter kolektywny, tj. odnosić się ogólnie do osób posiadających daną cechę prawnie chronioną. Rodzi to jednak pytanie o rozgraniczenie nierównego traktowania w formach bezpośredniej i pośredniej, jeśli różnica między nimi nie polega jedynie na kolektywności stosowanego środka. Przyjęcie przez rzeczniczkę generalną stanowiska, że przy formie bezpośredniej środek może dotyczyć jedynie osób wyróżniających się określonym kryterium dyskryminacyjnym zdaje się bazować na wskazywanej już różnicy w zakresie kauzalności. Skoro w przypadku dyskryminacji bezpośredniej przyczyna podejmowania działań odgrywa definicyjnie większą rolę niż ich efekt, to oczywistym jest, że mogą one dotyczyć wyłącznie

⁸⁴ *Ibidem*, pkt 82.

⁸⁵ Por. np. wyrok TSUE z dnia 20 września 2007 r. w sprawie C-116/06, *S. Kiiski p. Tampereen kaupunki*, ECLI:EU:C:2007:536.

⁸⁶ Wyrok TSUE z dnia 12 października 2010 r. W sprawie C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark p. Region Syddanmark*, ECLI:EU:C:2010:248.

⁸⁷ Wyrok TSUE z dnia 1 kwietnia 2008 r. w sprawie C-267/06, *T. Maruko p. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECLI:EU:C:2008:179.

osób wyróżnionych ze względu na daną cechę. Zaprezentowane przez J. Kokott podejście oznacza również, że dyskryminacja bezpośrednia nie musi mieć wyłącznie indywidualistycznego charakteru, który w prosty sposób można by przeciwstawić kolektywnej naturze pośredniego nierównego traktowania.

O ile w tym aspekcie rozważania rzeczniczki zdają się w pełni uzasadnione i zasługują na przyjęcie, brakuje w nich odniesienia do dyskryminacji przez asocjację. Pojawia się wszakże pytanie, czy w takim przypadku wykluczona jest dyskryminacja z uwag na więź, jeśliby uznać, że bezpośrednie dyskryminowanie dotyczy lub może dotyczyć jedynie osób posiadających określoną cechę. W istocie pytanie to dotyczy zatem problemu, czy prawo unijne traktuje osobę dyskryminowaną ze względu na określoną cechę osoby będącej z nią w jakiejś relacji jako osobę posiadającą tę cechę czy zrównuje je jedynie formalnie w zakresie ochrony przed nierównym traktowaniem. Przyjęcie drugiej z możliwych wykładni doprowadziłoby do nieuzasadnionego zawężenia ochrony, chyba że uznano by, iż posiadanie określonej cechy chronionej jest zjawiskiem subiektywnym, tzn. zależnym od zindywidualizowanego postrzegania sprawcy dyskryminacji, który przyjmuje, że dana osoba posiada daną cechę dystynktywną (asumpcja). Zgodnie z przywoływanym już wcześniej orzecznictwem dyskryminacja przez asocjację stanowi element definicji bezpośredniego nierównego traktowania. W związku z tym należy uznać za uzasadnioną wykładnię dokonaną przez rzeczniczkę generalną, jednak z tym zastrzeżeniem, że musi ona obejmować również przypadki dyskryminacji ze względu na więź.

J. Kokott przychyliła się jednak w swojej opinii do stanowiska, że w powyższym przypadku doszło nie do naruszenia zakazu dyskryminacji bezpośredniej, ale do pośredniego nierównego traktowania w dostępie do dóbr i usług⁸⁸. Przyjęcie odmiennej interpretacji było niemożliwe w świetle powyższej koncepcji przede wszystkim z uwagi na fakt, że kwestionowany środek nie dotyczył jedynie osób pochodzenia romskiego. Słusznie zauważyła rzeczniczka, że „sporna praktyka dotyka (...) użytkowników zaopatrywanych w energię elektryczną (...) w Gizdowej Machale wyłącznie z powodu, że tam mieszkają”⁸⁹. Wszyscy są zatem traktowani jednakowo w obrębie dzielnicy, ale niedogodności dotyczą w przeważającej mierze osób pochodzenia romskiego, co staje się szczególnie widoczne przy

⁸⁸ Opinia rzeczniczki generalnej J. Kokott przedstawiona w dniu 12 marca 2015 r. w sprawie C-83/14 *CHEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zasztita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:170, pkt 96.

⁸⁹ *Ibidem*, pkt 86.

dokonaniu porównania z dzielnicami, w który pozwana spółka nie zastosowała kontrowersyjnego kryterium (element porównawczy). Jest to zatem analiza zgodna z prezentowaną wcześniej wykładnią pojęcia dyskryminacji pośredniej, w przypadku której istotniejszy jest efekt podejmowanych działań niż ich kauzalność. Nie ma przy tym znaczenia powód podejmowanych działań, który może okazać się istotny dopiero przy poszukiwaniu obiektywnego uzasadnienia. TSUE, odstępując od oceny stany faktycznego, podzielił argumentację rzeczniczki, uznając, że dyskryminację bezpośrednią można by stwierdzić, gdyby pochodzenie etniczne determinowało decyzję spółki o zróżnicowanym traktowaniu⁹⁰, podczas gdy w przypadku dyskryminacji pośredniej uzasadnienie tego rodzaju nie musi leżeć u podstaw stosowanego środka⁹¹. TSUE wskazał, że omawiany przypadek wyczerpuje znamiona dyskryminacji pośredniej. Po pierwsze, środki zastosowane przez spółkę energetyczną stanowią pozornie neutralną praktykę, skoro uzasadnieniem są nielegalne przyłączenia oraz uszkodzenia liczników energii. Po drugie, może to wpływać w znacznie większym stopniu na osoby z mniejszości romskiej, skoro to w większości przez jej przedstawicieli jest zamieszkania dzielnica, w której zastosowano szczególnie restrykcyjne środki w zasadach świadczenia usługi.

Na tle omawianego orzeczenia powstał problem dotyczący asocjacji, czyli uznania, czy skarżąca mogła powołać się na dyskryminację ze względu na pochodzenie etniczne, skoro nie przynależała do mniejszości romskiej. Jak już wskazywano wyżej, kwestia ta nie budzi wątpliwości w przypadku bezpośredniego nierównego traktowania, jednak nigdy wcześniej nie rozpatrywano go w orzecznictwie w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej. TSUE słusznie uznał, że „zakres zastosowania dyrektywy 2000/43 nie może być określany w sposób zawężający ze względu na jej cel oraz charakter praw, które ma ona chronić”, jak również, że zasadę równego traktowania „można stosować także w odniesieniu do osób, które mimo, iż same nie są osobami o określonym pochodzeniu rasowym lub nie należą do danej grupy etnicznej, są jednak poddane mniej przychylnemu traktowaniu lub znajdują się w szczególnie niekorzystnej sytuacji z jednej z tych przyczyn”⁹². Tym samym TSUE potwierdził, że prawo unijne dopuszcza również istnienie dyskryminacji pośredniej przez asocjację, gdy osoby nieposiadające określonej cechy prawnie chronionej są wraz z osobami ją posiadającymi „poddane mniej przychylnemu traktowaniu lub znajdują się w szczególnie

⁹⁰ *Ibidem*, pkt 76.

⁹¹ *Ibidem*, pkt 96.

⁹² *Ibidem*, pkt 56.

niekorzystnej sytuacji”⁹³. Przyjęta wykładnia ma nie tylko istotne znaczenie teoretyczne, gdyż rodzi pytania chociażby o granice asocjacji, ale również praktyczne, chociażby w aspekcie przeciwdziałania dyskryminacji strukturalnej⁹⁴.

2.2.4. Inne formy dyskryminacji

Dyrektywy odnoszące się do zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług definiują również trzy formy nierównego traktowania niewymagające stosowania modelu porównawczego, tj. molestowanie, molestowanie seksualne oraz nakazywanie dyskryminacji. Pierwsza z nich oznacza niepożądane zachowanie związane z cechą prawnie chronioną, którego „celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby i stworzenie onieśmiałej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery”⁹⁵. Z przytoczonej definicji można wyciągnąć kilka wniosków co do istoty omawianej formy nierównego traktowania. Po pierwsze, element relatywny jest przeniesiony z odniesienia do innych podmiotów, jak to ma miejsce w przypadku dyskryminacji bezpośredniej oraz pośredniej, na odwołanie do oceny, jakie zachowanie można określić mianem niepożądanego. Jak się zdaje, możliwe są w tym względzie dwa zasadnicze punkty odniesienia, tj. do ocen osoby nierówno traktowanej albo do pewnych uogólnionych ocen funkcjonujących w danej organizacji lub środowisku. W przypadku dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług zastosowanie powinien raczej znaleźć pierwszy z nich. Jak już sygnalizowano wyżej, relacje pomiędzy usługodawcami a usługobiorcami odbywają się w zasadzie poza jakimikolwiek strukturami i mogą mieć charakter sporadyczny lub nawet jednorazowy. Nie ma zatem możliwości, w przeciwieństwie do sfery zatrudnienia, odwołania do norm przyjętych w danej grupie, chyba że można by mówić o ogólnie funkcjonujących zasadach współżycia między kontrahentami. Ocenianie danego zachowania przez pryzmat ocen społecznych wydaje się na tyle szerokim odniesieniem, że stałoby w sprzeczności z celem istnienia przepisów o molestowaniu, które mają służyć ochronie grup mniejszościowych. Należy zatem uznać, że to przede wszystkim subiektywne odczucie osoby, wobec której podejmowane jest dane zachowanie, będzie stanowiło podstawę oceny tego, czy było ono niepożądane. W związku z tą subiektywnością podnosi się w doktrynie, że elementem definicyjnym molestowania jest wyrażenie przez osobę nierówno

⁹³ *Ibidem*, pkt 60.

⁹⁴ C. McCrudden, *The New Architecture of EU Equality Law after CHEZ: Did the Court of Justice reconceptualise direct and indirect discrimination?*, *European Equality Law Review* 2016/1, s. 8.

⁹⁵ Art. 2 ust. 3 dyrektywy 2000/43, art. 2 pkt c dyrektywy 2004/113.

traktowaną sprzeciwu wobec podejmowanych działań⁹⁶. Po drugie, dyrektywa uniezależnia molestowanie zarówno od rzeczywistego wystąpienia jego efektów, jak i od motywacji osoby dyskryminującej. Sformułowanie „którego celem lub skutkiem” oznacza, że nie ma znaczenia, czy sprawca zamierzał wywołać określone w definicji skutki, jeśli one wystąpiły. Nie jest również istotne, czy niepożądane zachowanie skutki te wywołało, o ile było one podejmowane w celu ich nastąpienia. Po trzecie, zachowanie to musi naruszyć godność osoby dyskryminowanej, tworząc jednocześnie atmosferę dającą się określić jednym ze wskazanych w przepisie przymiotów. One również są pojęciami subiektywnymi, w związku z czym i w tym przypadku konieczne jest znalezienie odpowiedniego punktu odniesienia poprzez odwołanie przede wszystkim do odczuć osoby dyskryminowanej.

Molestowanie seksualne jest z kolei w istocie szczególną formą molestowania. Dyrektywa 2004/113 definiuje je jako sytuację, „w której ma miejsce niepożądane zachowanie, werbalne lub niewerbalne lub zachowanie fizyczne o charakterze seksualnym, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby, w szczególności poprzez stwarzanie onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub agresywnej atmosfery”⁹⁷. Odniesienie do sfery seksualności człowieka oznacza odwołanie do płci jako cechy prawnie chronionej na gruncie prawa unijnego. Z tego względu molestowanie seksualne zawsze jest formą nierównego traktowania ze względu na płeć⁹⁸, a nie z uwagi na inne przymioty osoby dyskryminowanej, które mogą co najwyżej wchodzić w pewne relacje z płcią, prowadząc w ten sposób do dyskryminacji wielokrotnej. Za nierówne traktowanie dyrektywy odnoszące się do zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług uznają również polecenia nierównego traktowania. Warto w tym względzie zwrócić uwagę na rozbieżność pomiędzy dyrektywą 2004/113 a dyrektywą 2000/43. Pierwsza z nich za przejaw dyskryminacji uznaje „polecenie nakazujące bezpośrednio lub pośrednio dyskryminowanie osób ze względu na płeć”⁹⁹, podczas gdy druga „każde zachowanie polegające na zmuszaniu kogokolwiek do praktykowania wobec osób zachowań dyskryminacyjnych ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne”¹⁰⁰. Uwagę

⁹⁶ K. Kędziora, komentarz do art. 3 ust. 3, [w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, red. K. Kędziora, K. Śmiszek, Warszawa 2017, s. 102.

⁹⁷ Art. 2 pkt d dyrektywy 2004/113.

⁹⁸ L. Clarke, *Sexual Harassment Law in the United States, the United Kingdom and the European Union: Discriminatory Wrongs and Dignitary Harms*, *Common Law World Review* Vol.36, Nr 2 (2007), s. 83.

⁹⁹ Art. 4 ust. 4 dyrektywy 2004/113.

¹⁰⁰ Art. 2 ust. 4 dyrektywy 2000/43.

zwraca istotne zawężenie omawianego pojęcia w przypadku dyskryminacji ze względu na płeć, gdzie literalna wykładnia przepisu prowadzi do uznania, że polecenie działania noszącego znamiona molestowania nie będzie uznane za formę dyskryminacji. Co więcej, mowa jest wyłącznie o poleceniu, podczas gdy przepisy o dyskryminacji rasowej używają znacznie szerszego pojęcia każdego zachowania. Jak się zdaje, obejmuje ono również chociażby zachętę do naruszenia zakazu nierównego traktowania poprzez przyznanie z tego tytułu pewnych korzyści.

Należy w związku z tym uznać, że jeśli usługodawca poleca swojemu pracownikowi nierówne traktowanie usługobiorcy (płeć, rasa lub pochodzenie etniczne) lub zachęca go podjęcia takich działań w innej formie (rasa lub pochodzenie etniczne), powinien on zgodnie z prawodawstwem unijnym zostać uznany za sprawcę dyskryminacji. Również w tym aspekcie definicyjne zawężenie w przypadku dyskryminacji ze względu na płeć rodzi pewne wątpliwości. Na bazie przepisów dyrektywy 2000/43 można bowiem uznać, iż omawiany przypadek przynajmniej teoretycznie może dotyczyć nie tylko zachowań odnoszących się do pracowników usługodawcy, ale również do jego innych klientów poprzez np. zachętę do molestowania w zamian za określone korzyści. Po pierwsze, usługodawca nie może raczej wydać usługobiorcy polecenia dyskryminowania innego usługobiorcy, gdyż polecenie jest kategorią zastrzeżoną dla stosunków podległości, chyba że między usługodawcą a usługobiorcą występują specyficzne stosunki faktycznej podległości związanej chociażby z sytuacją społeczno-ekonomiczną czy stosunkami panującymi w danym środowisku. Po drugie, pomiędzy klientami nie może dojść do dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, gdyż te formy nierównego traktowania związane są z formą pewnego władztwa nad sytuacją osoby dyskryminowanej (np. określenie warunków dostępu do usług, świadczenie usługi gorszej jakości). Jediną teoretyczną możliwością jest w tym przypadku molestowanie lub molestowanie seksualne jednego klienta przez drugiego z uwagi na zachowanie usługodawcy noszące znamiona polecenia czy zachęty. Tymczasem w przypadku dyskryminacji ze względu na płeć, jak wskazano już wyżej, polecenie molestowania lub molestowania seksualnego nie może zostać uznane na bazie dyrektywy 2004/113 za nierówne traktowanie. Prowadzi to do stwierdzenia, że w tym zakresie prawo unijne istotnie ogranicza zakres ochrony przed omawianą formą dyskryminacji.

Przy okazji omawiania form dyskryminacji należy również wskazać na niejasność dotyczącą tego, czy za nierówne traktowanie dyrektywy uznają tzw. działania odwetowe, czyli wyciąganie wobec danej osoby negatywnych konsekwencji w związku ze skorzystaniem

przez nią z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zakazu dyskryminacji, takich jak „skarga lub wszczęcie postępowania sądowego zmierzającego do zapewnienia przestrzegania zasady równego traktowania”¹⁰¹. Dyrektywa 2004/113 wprost stwierdza w odniesieniu do molestowania oraz molestowania seksualnego, że „sprzeciw wobec takich zachowań lub podporządkowanie się im przez daną osobę nie może stanowić podstawy dla decyzji odnoszącej się do tej osoby”¹⁰². W związku z powyższym, należy uznać, że choć u podstaw działań odwetowych leży zachowanie o charakterze dyskryminacyjnym (a zatem związane z cechą osobistą), to nie ono jest bezpośrednią przyczyną retorsji, ale jest nią skorzystanie z uprawnień przysługujących na mocy przepisów antydyskryminacyjnych. Nie ma przy tym znaczenia, jak się zdaje, czy skorzystanie z nich jest uprawnione czy nie, tzn. czy faktycznie doszło do naruszenia zasady równego traktowania, czy też niesłusznie powołano się na nią (np. stwierdzono brak wyczerpania znamion dyskryminacji albo zróżnicowanie okazało się uzasadnione). Prowadzi to do wniosku, że u podstaw działań odwetowych wcale nie musi leżeć zachowanie będące przejawem dyskryminacji. Z tego względu wydaje się, iż działania odwetowe nie powinny zostać uznane za szczególną formę nierównego traktowania, a jedynie za jeden ze środków ochrony prawnej obok zasady przeniesionego ciężaru dowodu oraz odszkodowania.

2.2.5. Działania pozytywne

Spośród wyjątków od zakazu dyskryminacji w odniesieniu do dóbr i usług zastosowanie mogą znaleźć wyłącznie przepisy o tzw. działaniach pozytywnych (zwanych też wyrównawczymi). Zarówno dyrektywa 2000/43¹⁰³ jak i 2004/113¹⁰⁴ dopuszczają przyjmowanie szczególnych środków, których celem jest zapobieganie niedogodnościom związanym z cechą prawnie chronioną lub ich wyrównywanie. Jakkolwiek przepisy dyrektyw skierowane są do państw członkowskich, przepisy krajowe najczęściej dopuszczają stosowanie tych szczególnych środków również przez podmioty prywatne, czyli także przez

¹⁰¹ Art. 10 dyrektywy 2004/113, analogicznie art. 9 dyrektywy 2000/43.

¹⁰² Art. 4 ust. 3 dyrektywy 2004/113.

¹⁰³ Art. 5 stanowi: „Dla zapewnienia całkowitej równości w praktyce zasada równego traktowania nie stanowi przeszkody w utrzymywaniu lub przyjmowaniu przez Państwo Członkowskie szczególnych środków mających zapobiegać lub wyrównywać niedogodności związane z pochodzeniem rasowym lub etnicznym.”

¹⁰⁴ Art. 6 stanowi: „Dla zapewnienia całkowitej równości mężczyzn i kobiet i w praktyce, zasada równego traktowania nie stanowi przeszkody dla utrzymywania lub przyjmowania przez jakiegokolwiek Państwo Członkowskie szczególnych środków mających zapobiegać lub wyrównywać niedogodności związane z płcią.”

usługodawców¹⁰⁵. Środki te, określane przez prawo unijne jako działania pozytywne, bywają nazywane czasem mianem dyskryminacji pozytywnej lub dyskryminacji odwróconej (odwrotnej), choć należy podkreślić, że określenia te nie mogą być stosowane synonimicznie. Działania pozytywne odwołują się w istocie do koncepcji równości szans poprzez minimalizowanie niedogodności związanych z cechą prawnie chronioną i stwarzanie w ten sposób w miarę równych szans, podczas gdy dyskryminacja pozytywna jest raczej przejawem równości efektu, a więc zakłada bardziej korzystne traktowanie osób należących do pewnych grup wykluczonych właśnie ze względu na tę przynależność¹⁰⁶. Dyskryminacja odwrotna odnosi się natomiast do nierównego traktowania ze względu na przynależność państwową, a więc lepszego traktowania podmiotów prawnych z innych państw członkowskich w porównaniu z podmiotami krajowymi.

Różnica pomiędzy dwoma pierwszymi pojęciami znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie TSUE dotyczącym dopuszczalności stosowania środków wyrównawczych. Jakkolwiek judykatura rozpatrywała przypadki odnoszące się do sfery zatrudnienia, ogólne wnioski dotyczą również dostępu do dóbr i usług. W orzeczeniu w sprawie *Kalanke*¹⁰⁷ TSUE uznał, że środki opierające się na równości efektu nie są dozwolone w świetle unijnego prawa antydyskryminacyjnego. W omawianym przypadku przepisy przewidywały obligatoryjne zatrudnienie kobiet w sektorach, w których były one niewystarczająco reprezentowane w ogólnej populacji pracowników, jeśli miały one takie same kwalifikacje jak mężczyźni uczestniczący w rekrutacji. Jak zauważył w swojej opinii rzecznik generalny G. Tesauro, taki środek może w sposób oczywisty doprowadzić do liczebnego wzrostu reprezentatywności danej grupy mniejszościowej, jednakże jednocześnie w sposób daleko idący ingeruje on w prawo do równego traktowania przedstawicieli grupy większościowej. W orzeczeniu *Marschall*¹⁰⁸ TSUE uznał jednak, że dopuszczalne są działania pozytywne, czyli środki odwołujące się do równości szans. Postępowanie ponownie dotyczyło stosowania przepisu przyznającego pierwszeństwo kobietom, tym razem w odniesieniu do awansu,

¹⁰⁵ Por. np. przepisy ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz. U. 2016, poz. 1219.

¹⁰⁶ K. Wheat, *Positive Action and Positive Discrimination*, Journal of Civil Liberties Volume 4 (1999), s. 79.

¹⁰⁷ Wyrok TSUE z dnia 17 października 1995 r. w sprawie C-450/93, *E. Kalanke p. Freie Hansestadt Bremen*, ECLI:EU:C:1995:322.

¹⁰⁸ Wyrok TSUE z dnia 11 listopada 1997 r. w sprawie C-409/95, *H. Marschall p. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1997:533.

w przypadku gdy były one w zbyt małym stopniu reprezentowane na danych stanowiskach, jeśli posiadały jednakowe kompetencje i wyniki pracy. W odróżnieniu jednak od stanu faktycznego w sprawie *Kalanke*, przepis zawierał klauzulę derogacyjną, wedle której zasada pierwszeństwa miała nie być stosowana, jeśli względy związane z osobą jednego z kandydatów przemawiały na jego korzyść. TSUE uznał, że z uwagi na stereotypy płciowe, związane chociażby z macierzyństwem, równe kwalifikacje kobiet i mężczyzn nie oznaczają, że obie płcie mają równe szanse, o czym świadczy fakt, że w sytuacji równych kwalifikacji częściej awansowani są mężczyźni. Granicę między dyskryminacją pozytywną a działaniami pozytywnymi, a więc między równością w efekcie a równością szans, wyznaczała w tym wypadku klauzula derogacyjna, pozwalająca zrównoważyć interesy grupy większościowej.

Stosowanie działań pozytywnych stanowi zatem wyjątek od zasady równego traktowania, skoro prowadzi do swoistego uprzywilejowania przedstawicieli grupy mniejszościowej względem osób należących do grupy dotychczas znajdującej się w lepszym położeniu faktycznym (z uwagi np. na negatywne stereotypy lub wykluczenie ekonomiczne i społeczne), co w efekcie prowadzi do konfliktu z równością w rozumieniu formalnym¹⁰⁹. Jako wyjątek działania takie muszą być zatem interpretowane w sposób zawężający. Dlatego też podnosi się, że działania te muszą mieć charakter czasowy¹¹⁰, gdyż w przeciwnym razie oznaczałyby one usankcjonowanie nierównego traktowania pewnej grupy osób ze względu na ich cechę chronioną (np. w stanie faktycznym sprawy *Kalanke* było to nierówne traktowanie mężczyzn). Jak się zdaje, czasowość tę należy jednak rozumieć nie w kategoriach prostego upływu czasu, ale poprzez pryzmat celu podejmowanych działań, czyli doprowadzenia do zapewnienia równości poprzez wyrównywanie negatywnego wpływu cechy chronionej. Z tego względu bardziej zasadne jest uznanie, że działania pozytywne mogą być stosowane, dopóki nie zostanie osiągnięty zakładany cel, np. w postaci odpowiedniego poziomu reprezentatywności osób do tej pory wykluczonych w ogólnej populacji pracowników (patrz przywoływane już orzeczenie *Marschall*) czy usługobiorców.

¹⁰⁹ M. Bennett, S. Robert, H. Davis, *The Way Forward – Positive Discrimination or Positive Action*, International Journal of Discrimination and the Law, Volume 6 (2005), s. 224.

¹¹⁰ S. Naylor, *An Examination of Whether the Use of Positive Discrimination Can be Justified*, UCL Jurisprudence Review, Volume 14 (2008), s. 211.

Takie rozumienie czasowości rodzi jednak konieczność oceny stosowanych środków przez pryzmat proporcjonalności¹¹¹ lub dokonywania ich ewaluacji. Jeśli okazałyby się one w praktyce nieskuteczne w osiągnięciu założonego celu, sankcjonowałyby w istocie nierówne traktowanie w sposób trwały, skoro cel byłby niemożliwy do osiągnięcia przy ich zastosowaniu. Czasowość w tym ujęciu pozwala więc dostrzec pewną analogię do dyskryminacji pośredniej. Po pierwsze, działania pozytywne mają służyć realizacji obiektywnie uzasadnionego legalnego celu, jakim jest zapewnienie równości szans różnych grup w przypadku stwierdzenia faktycznie występujących nierówności, takich jak np. niska reprezentacja kobiet w ogólnej strukturze organizacyjnej. Po drugie, jak już podniesiono, podejmowane działania należy oceniać pod kątem proporcjonalności w zakresie, w jakim powinny one być właściwe dla osiągnięcia zakładanego celu¹¹². Przy dokonywaniu oceny działań pozytywnych zasadne jest zatem korzystanie przez analogię z kryteriów przyjmowanych przy weryfikacji dopuszczalności uzasadnienia dyskryminacji pośredniej¹¹³. Należy przy tym zwrócić uwagę, że TSUE wskazał już w swoim orzecznictwie pewne ogólne wymagania, jakie środki te muszą spełniać. Po pierwsze, w orzeczeniu w sprawie *Maistrellis* słusznie podkreślił, że nie mogą one prowadzić do utrwalania stereotypów wobec osób należących do grupy mniejszościowej¹¹⁴, skoro nierówność szans wynika częstokroć, jak już podnoszono, z uprzedzeń wobec tej grupy. Po drugie, w orzeczeniu *Badeck* uznał, rozpatrując środki nakierowane na zwiększenie reprezentacji kobiet w strukturze zatrudnienia, że nie mogą one przyznawać automatycznie i bezwarunkowo pierwszeństwa kobietom, a także pozbawiać kandydatów prawa do obiektywnej oceny uwzględniającej indywidualną sytuację każdego z nich¹¹⁵.

Pojawia się oczywiście pytanie, na ile te teoretyczne rozważania można odnieść do dostępu do dóbr i usług. Stosowanie prostych analogii między tym obszarem

¹¹¹ Wyrok TSUE z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie C-407/98, *K. Abrahamsson i Anderson p. Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367, pkt 55.

¹¹² Wyrok TSUE z dnia 19 marca 2002 r. w sprawie C-476/99, *H. Lommers p. Minister Van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ECLI:EU:C:2002:183, pkt 39.

¹¹³ M. De Vos, *Beyond Formal Equality – Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Commission, Brussels 2007, s. 14.

¹¹⁴ Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-222/14, *K. Maistrellis p. Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthropinon Dikaiomaton*, ECLI:EU:C:2015:473, pkt 50.

¹¹⁵ Wyrok TSUE z dnia 28 marca 2000 r. w sprawie C-158/97, *G. Badeck i inni przy udziale Hessische Ministerpräsident i Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, ECLI:EU:C:2000:163, pkt 23.

a zatrudnieniem jest trudne z uwagi na znaczące różnice w zakresie natury stosunków z nimi związanych, co sygnalizowano już przy rozważaniach na temat porównywalności sytuacji w przypadku dyskryminacji bezpośredniej. Przede wszystkim należy podkreślić, że przepisy unijne nie zawierają żadnego wyłączenia przedmiotowego w tym zakresie, co oznacza, że przynajmniej w ujęciu teoretycznym możliwe jest stosowanie działań pozytywnych w analizowanym obszarze życia społecznego. Bliższa analiza prowadzi jednak do wniosku, że w istocie trudno ze sobą pogodzić omawiane wyjątek oraz zakres przedmiotowy. Po pierwsze, charakter stosunków między usługodawcami i usługobiorcami, które w przeciwieństwie do zatrudnienia nie przybierają w zasadzie formy strukturalnej, powoduje, że trudno byłoby osiągnąć zamierzone efekty działań pozytywnych, które mają oddziaływać właśnie w sposób strukturalny. Nawet jeśli w określonym sektorze gospodarki stwierdzono by niski udział usługobiorców należących do pewnej grupy mniejszościowej z uwagi na strukturalne wykluczenie ekonomiczne, trudno byłoby uzyskać w sposób trwały zakładany poziom ich uczestnictwa w danym obrębie życia gospodarczego poprzez działania w obszarze relacji usługowych. W przypadku stwierdzenia potrzeby zastosowania działań wyrównawczych we wskazywanym zakresie to państwo członkowskie powinno je podjąć, sięgając jednak przede wszystkim do instrumentów z zakresu polityki społecznej, które wykraczają poza omawiany zakres. Po drugie, wątpliwe jest również podejmowanie takich działań przez podmioty prywatne. Podstawowym celem prowadzenia działalności gospodarczej jest wszakże osiąganie zysku, co zdaje się nie do pogodzenia z celem działań pozytywnych jakim jest wyrównywanie szans. Jakkolwiek można założyć, że usługodawca może chcieć podjąć również działalność wyrównawczą, to zawsze istniałoby ryzyko, że jej ukrytym motywem jest w istocie zwiększenie zysku np. poprzez poszerzenie rynku zbytu w przypadku towarów nieograniczonych liczbowo (np. zniżki na określone towary dla przedstawicieli grup mniejszościowych). Poza problemem efektywności stosowanych środków, pojawia się w takim przypadku również pytanie, czy należałoby dopuścić możliwość czerpania zysku z prowadzonych działań pozytywnych. Jakkolwiek na pierwszy rzut może się to wydawać niemożliwe w świetle aksjologii prawa antydyskryminacyjnego, nie należy wykluczać takiej możliwości właśnie z uwagi na z natury zarobkowy charakter relacji w omawianym obszarze. Oczywiście poczynione uwagi nie wykluczają stosowania działań pozytywnych w obszarze dóbr i usług, nawet przez podmioty prywatne, gdyż jak podkreślono, teoretycznie istnieje taka możliwość.

C. McCrudden analizując środki stosowane w dziedzinie zatrudnienia, wyodrębnił kilka typów działań pozytywnych¹¹⁶, w tym eliminację przejawów dyskryminacji poprzez analizę, jak stosowane rozwiązania wpływają na grupy mniejszościowe, a także stosowanie środków z pozoru neutralnych w praktyce oddziałujących korzystnie na sytuację grup mniejszościowych (np. wliczanie okresów pracy w domu do stażu zatrudnienia jako wpływające pozytywnie na sytuację kobiet) czy też kreowanie specjalnych programów skierowanych do przedstawicieli grup mniejszościowych, w których cecha osobista staje się kryterium istotnym dla sfery zawodowej. Typologia ta skłania do zastanowienia, jakie formy mogłyby przybrać działania pozytywne podejmowane w obszarze dostępu do dóbr i usług. Możliwe jest z pewnością prowadzenie analiz stosowanych praktyk, aczkolwiek w świetle przywoływanych wcześniej definicji obecnych w prawie wtórnym trudno uznać to za działanie wyrównawcze, gdyż jest to raczej działanie eliminacyjne niż tworzące rozwiązania mające promować równe traktowanie. W przypadku dostępu do dóbr usług niewykluczone jest jednak tworzenie specjalnych programów skierowanych do grup mniejszościowych, np. udzielanie kobietom zniżek na wstęp na wydarzenia sportowe tradycyjnie zdominowane przez mężczyzn, takie jak mecze piłki nożnej¹¹⁷. Celem takich akcji jest promowanie równości płci w dziedzinie kultury fizycznej poprzez przeciwdziałanie stereotypom płciowym, co należałoby uznać za zgodny z prawem cel mogący uzasadniać działania pozytywne, o ile okaże się, że w strukturze uczestnictwa występuje wyraźna dysproporcja między kobietami i mężczyznami, wynikająca z dyskryminacji strukturalnej lub stereotypów. Wskazywany środek zdaje się spełniać kryterium proporcjonalności, w związku z czym o jego dopuszczalności będzie w istocie stanowiła efektywność w zakresie osiągnięcia zamierzonego celu powiązana z kryterium czasowości, co obrazuje wagę ewaluacji podejmowanych działań mogących w istocie stać się dyskryminacją pozytywną.

3. Podsumowanie

Koncepcja zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług jest stosunkowo nowa dla unijnego prawa antydyskryminacyjnego, które w swoim obecnym kształcie zakazuje nierównego traktowania w omawianym zakresie jedynie w odniesieniu do tych dóbr i usług, które są oferowane publicznie poza sferą życia prywatnego i rodzinnego, jak również wyłącznie

¹¹⁶ C. McCrudden, *Rethinking Positive Action*, *Industrial Law Journal* Vol. 219 (1986), s. 223.

¹¹⁷ Por. np. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 21 kwietnia 2011 r. do Prezesa Zarządu Ekstraklasa S.A., sygn. RPO-668463-I/II/KW.

w przypadku, gdy podstawę zróżnicowania stanowią przesłanki pochodzenia narodowego lub etnicznego (dyrektywa 2000/43) oraz płci (dyrektywa 2004/113). Jak wskazano w powyższym rozdziale, zakaz dyskryminacji w omawianym obszarze stanowi oczywiście część ogólnego prawa antydyskryminacyjnego posługującego się tożsamymi pojęciami niezależnie od zakresu przedmiotowego i podmiotowego. I tak dyskryminację ogólnie można zdefiniować jako zróżnicowanie sytuacji podmiotów, znajdujących się w porównywalnej sytuacji, z uwagi na nieobiektywne kryteria dyferencjacji, takie jak właśnie płeć czy pochodzenie narodowe lub etniczne, a zatem cechy stanowiące istotny element tożsamości człowieka. Należy przy tym podkreślić, że dla prawa unijnego irrelevantny jest personalny charakter zabronionego kryterium, co oznacza, że nierówno traktowana może być również osoba, która sama nie posiada cechy stanowiącej podstawę działania prowadzącego do zróżnicowania sytuacji (asocjacja oraz asumpcja).

Zróżnicowanie to może przyjmować różne formy, przede wszystkim dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej. Pierwsza z nich oznacza mniej korzystne traktowanie danej osoby ze względu na wskazywane kryteria w porównaniu do innej osoby znajdującej się obecnie, w przeszłości lub hipotetycznie w porównywalnej sytuacji (komparator), czy to na podstawie środka indywidualnego czy też o charakterze kolektywnym. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem oraz poglądem doktryny porównywalność nie oznacza w tym przypadku identyczności, ale podobieństwo w stopniu wystarczającym do przeprowadzenia analizy roli cechy dystynktywnej dla podjętego działania. Poza tym należy wskazać, że w odniesieniu do dostępu do dóbr i usług prawo unijne nie wymaga stosowania porównania w przypadku nierównego traktowania ze względu na ciążę, którą jako cechę osobistą można przypisać co do zasady wyłącznie kobietom. Z kolei dyskryminację pośrednią można zdefiniować jako efekt pozornie neutralnych przepisów, kryteriów lub praktyk mogących doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji osób wyróżnionych ze względu na określoną cechę prawnie chronioną, o ile posługiwanie się nią nie może zostać obiektywnie uzasadnione. Najważniejszym elementem odróżniającym tę formę nierównego traktowania względem dyskryminacji bezpośredniej jest zwrócenie większej uwagi na efekt stosowanych środków, niż na przyczynę ich podejmowania. W orzecnictwie TSUE przyjęto zgodnie z teorią nieproporcjonalnie negatywnych skutków, że pośrednie nierówne traktowanie występuje, gdy podjęte środki działają na niekorzyść znacznie większej liczby osób posiadających daną cechę osobistą w stosunku do osób jej nieposiadających, co odzwierciedla zbiorowy aspekt tej formy dyskryminacji.

Te podstawowe pojęcia powinny być rozumiane w odniesieniu do dóbr i usług co do zasady tak jak w innych obszarach życia społecznego objętych przepisami o zakazie dyskryminacji, przy czym należy podkreślić, że natura stosunków między usługobiorcami a usługodawcami wymusza w określonych przypadkach poczynienie pewnych zastrzeżeń. Jak wykazano w powyższych rozważaniach, wynika to z niestrukuralnego charakteru tych relacji, co powoduje, iż ustanowienie właściwego komparatora w przypadku dyskryminacji bezpośredniej wymaga brania pod uwagę innych czynników niż w przypadku relacji o charakterze strukturalnym, takich jak choćby związanych z zatrudnieniem. Przy dostępie do dóbr i usług o porównywalności sytuacji stanowiąc będą w zasadzie dwa czynniki, tj. chęć dokonania transakcji w określonym miejscu i czasie, a także posiadanie obiektywnej zdolności nabywczej. Incydentalny charakter stosunków między usługodawcami i usługobiorcami, jak wykazano w powyższym rozdziale, będzie również zapewne skutkował koniecznością stosowania hipotetycznego modelu porównawczego częściej niż w przypadku stosunków cechujących się większym stopniem zorganizowania i trwałości. Natura omawianych relacji nie wpływa w zasadzie na rozumienie dyskryminacji pośredniej w związku z przeniesieniem definicyjnego ciężaru na efekt podjętych działań, dla których nieistotna zdaje się strukturalność relacji. Ma ona jednak znaczenia w przypadku koncepcji działań pozytywnych, których zastosowanie w dostępie do dóbr i usług wydaje się wątpliwe m.in. z uwagi na raczej znikomą możliwość osiągnięcia trwałych skutków o charakterze strukturalnym.

Rozdział II

O rozwiązywaniu konfliktów między prawami podstawowymi

1. Prawa podstawowe w prawie Unii Europejskiej

1.1. Ramy prawne unijnego systemu praw podstawowych

Ramy prawne unijnego systemu praw podstawowych wyznaczają oczywiście akty prawa pierwotnego kształtujące Unię nie tylko jako wspólnotę ekonomiczną, ale również wspólnotę wartości opartą na poszanowaniu podstawowych praw i wolności człowieka. Wartości te zostały nazwane w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: TUE) podkreślającym, że „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości” oraz że „wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”. Kluczowy dla praw podstawowych jest jednak przede wszystkim art. 6 TUE stwierdzający w ust. 1, że „Unia uznaje prawa, wolności i zasad określone w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej (...), która ma taką samą moc prawną jak Traktaty”. Przyznanie mocy prawnej równej Traktatom oznacza, że Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej jako KPP) nie może być interpretowana w żadnym wypadku jako akt podrzędny wobec Traktatów, a działania Unii oraz w pewnym zakresie państw członkowskich muszą być zgodne z jej postanowieniami¹¹⁸. W przytaczanym przepisie wyznaczono jednocześnie wyraźne ramy zastosowania KPP, zaznaczając, iż po pierwsze, „postanowienia Karty w żaden sposób nie rozszerzają kompetencji Unii określonych w Traktatach”, a po drugie, „prawa, wolności i zasady zawarte w Karcie są interpretowane zgodnie z postanowieniami ogólnymi określonymi w tytule VII Karty regulującymi jej interpretację i stosowanie oraz z należyty uwzględnieniem wyjaśnień, o których mowa w Karcie, które określają źródła tych postanowień”.

Mozaikę elementów składających się na unijny system praw podstawowych uzupełnia art. 6 ust. 3 TUE, wedle którego „prawa podstawowe, zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych Państwom Członkowskim, stanowią

¹¹⁸ L. Rossi, *Same Legal Value as the Treaties: Rank, Primacy, and Direct Effects of the Eu Charter of Fundamental Rights*, German Law Journal Vol. 18 (2017), No 4, s. 774.

część prawa Unii jako zasady ogólne prawa” (wszystkie te elementy zdają się nie pozostawać w relacjach hierarchicznych, lecz mieć równy status¹¹⁹). Należy w tym względzie wspomnieć także o Deklaracji w sprawie Karty dołączonej do Aktu końcowego konferencji międzyrządowej, która przyjęła Traktat z Lizbony. W deklaracji tej stwierdza się, że „Karta (...) potwierdza prawa podstawowe gwarantowane przez europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla Państw Członkowskich”.

KPP¹²⁰, odwołując się w preambule do zasad przyznania kompetencji oraz pomocniczości, rozszerza przywołany wyżej katalog źródeł praw podstawowych przez nią potwierdzanych również o zobowiązania międzynarodowe wspólne państwom członkowskim, Karty Społeczne przyjęte przez Unię i Radę Europy oraz orzecznictwo TSUE i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz). Art. 52 Karty zawiera wskazówki interpretacyjne dotyczące rozumienia praw i wolności znajdujących swoje odzwierciedlenie w wyżej wymienionych źródłach. Ustęp 2 wskazywanego przepisu uznaje, że „prawa (...) które są przedmiotem Traktatów, są wykonywane na warunkach i w granicach w nich określonych”. W związku z cytowanym przepisem D. Triantafyllou zwraca uwagę na niejasny stosunek między KPP a prawem wtórnym w zakresie, w jakim uzupełnia ono i uszczegóławia prawo pierwotne¹²¹, tak jak np. czyni to dyrektywa 2000/43 w odniesieniu do prawa do równego traktowania¹²². Jak słusznie bowiem zauważa, z jednej z strony niesłuszne byłoby uznanie, iż KPP pomija całe prawo wtórne, ale z drugiej strony prawo to jest przecież oceniane przez pryzmat KPP¹²³. Jednak zdaniem D. Triantafyllou rozwiązaniem prezentowanego dylematu jest uznanie, że tylko prawo wtórne zgodne z postanowieniami KPP jest w stanie doprecyzować zawarte w niej prawa podstawowe, co z kolei prowadzi do uznania, że przy wykładni postanowień KPP należy je uwzględniać, np. co do rozumienia pojęcia dyskryminacji.

¹¹⁹ H. Hofmann, B. Mihaescu, *The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 9 (2013), Issue 1, s. 82.

¹²⁰ OJ C 326, 26.1.2012, s. 391-407.

¹²¹ D. Triantafyllou, *The European Charter of Fundamental Rights and the "Rule of Law": Restricting Fundamental Rights by Reference*, *Common Market Law Review* Vol. 39 (2002), Issue 1, s. 55.

¹²² E. Muir, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, *Common Market Law Review*, Vol. 52 (2014), Issue 1, s. 225.

¹²³ A. O'Neill, *How the CJEU Uses the Charter of Fundamental Rights*, *Judicial Review* Vol. 17 (2012), s. 203.

Z kolei ust. 3 przywoływanego przepisu stwierdza, że „w zakresie, w jakim (...) Karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznanych przez tę konwencję”, przy czym „nie stanowi [to] przeszkody, aby prawo Unii przyznawało szerszą ochronę”. Niektóre z praw zawartych w Konwencji (dalej jako EKPC) zostały niemal dosłownie przejęte przez KPP (np. zakaz tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania), inne z kolei charakteryzują się wyższym standardem ochrony (np. prawo do zawarcia małżeństwa nie jest w KPP ograniczone do nupturientów przeciwnych płci), natomiast jeszcze kolejne zostały albo zapożyczone z protokołów do EKPC (np. prawo do nauki) albo z orzecznictwa ETPCz (np. wolność sztuki i nauki)¹²⁴. Wyjaśnienia dotyczące Karty praw podstawowych (dalej jako Wyjaśnienia)¹²⁵ nie zawierają jednak jasnej odpowiedzi na pytanie o znaczenie orzecznictwa ETPCz dla wykładni praw zawartych w KPP. Stwierdza się w nich co prawda, że „znaczenie i zakres praw gwarantowanych są określone nie tylko w tych instrumentach, ale także w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”, co oczywiście sugeruje, jakoby TSUE miał uwzględniać przy wykładni dorobek orzeczniczy ETPCz, jednak zarazem nie pozwala wyciągnąć wniosku o związaniu TSUE tymże dorobkiem. Przyjęcie przeciwnego założenia, które zdaje się pozbawione dostatecznych podstaw, stanowiłoby wszakże poważne ograniczenie autonomii prawa unijnego.

Ustęp 4 omawianego przepisu stanowi natomiast, iż „w zakresie, w jakim (...) Karta uznaje prawa podstawowe wynikające ze wspólnych tradycji konstytucyjnych Państw Członkowskich, prawa te interpretuje się zgodnie z tymi tradycjami”, co można odczytywać jako ograniczenie autonomii interpretacyjnej TSUE¹²⁶. Zdaniem K. Lenaerts odwołanie do tych tradycji nie oznacza interpretowania praw podstawowych przez pryzmat najmniejszego wspólnego mianownika, do którego dałoby się sprowadzić dorobek konstytucyjny państw członkowskich, ale wykorzystanie ich do dokonania interpretacji zapewniającej możliwie wysoki poziom ochrony, jaki da się z tych tradycji wyprowadzić i jaki zarazem będzie

¹²⁴ B. Ji-Zeng Fan, *European Pluralism on the Protection of Fundamental Rights: The European Convention on Human Rights vis-a-vis the EU Legal Order*, National Taiwan University Law Review Vol. 2 (2016), Issue 2, s. 342.

¹²⁵ OJ C 303, 14.12.2007, s. 17-35.

¹²⁶ D. Augenstein, *Engaging the Fundamentals: On the Autonomous Substance of EU Fundamental Rights Law*, German Law Journal Vol. 14 (2013), No 10, s. 1932.

dostosowany do natury prawa unijnego oraz pozostający w harmonii z krajowymi tradycjami konstytucyjnymi¹²⁷. To stanowisko zdaje się mieć potwierdzenie w orzecznictwie TSUE, który stwierdził, iż „nie jest niezbędne, aby przepis o charakterze ograniczenia wydany przez organy państwa członkowskiego odpowiadał koncepcji wspólnej dla wszystkich państw członkowskich, jeżeli chodzi o sposoby ochrony określonego prawa podstawowego lub uzasadnionego interesu, oraz że niezbędny i proporcjonalny charakter przepisów przyjętych w określonej dziedzinie nie jest wykluczony tylko z tego powodu, że jedno państwo członkowskie wybrało odmienny system ochrony niż przyjęty przez inne państwo”¹²⁸. Przyjęcie przeciwnego założenia, a zatem poszukiwanie najmniejszego wspólnego mianownika, mogłoby wszakże doprowadzić do sytuacji, w której w braku stosownej tradycji w jednym z państw członkowskich albo w przypadku tradycji idącej w przeciwnym kierunku niż w większości państw członkowskich, nie można by odwołać się do wspólnej tradycji.

KPP spełnia trzy podstawowe funkcje w systemie prawa UE, tj. stanowi wskazówkę interpretacyjną dla oceny zgodności prawa wtórnego oraz w pewnym zakresie krajowego, podobnie jak zasady ogólne może stanowić podstawę rozpoznania sprawy i wreszcie jest źródłem umocowania do odkrywania zasad ogólnych prawa UE¹²⁹. Omawiany akt prawny, podzielony na siedem tytułów, przywołuje szereg praw i wolności politycznych, ekonomicznych i społecznych, spośród których dla konfliktów między usługobiorcami i usługodawcami największe znaczenie zdają się mieć poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego (art. 7) przywołane w preambułach dyrektyw 2000/43 i 2004/113, ochrona danych osobowych (art. 8) w kontekście profilowania usługobiorców, wolność myśli, sumienia i religii (art. 10) jako podstawa odmowa wykonania usługi sprzecznej z sumieniem usługodawcy, wolność wypowiedzi (art. 11) w związku z przywoływanym już orzeczeniem TSUE w sprawie *Feryn*, a także wolność prowadzenia działalności gospodarczej (art. 16) i związana z nią swoboda kontraktowa mogąca doznać ograniczenia w świetle przepisów antydyskryminacyjnych. Warto również zwrócić uwagę, że Karta zawiera odrębny tytuł poświęcony równości, w którym nie tylko potwierdzono zasadę równości kobiet i mężczyzn we wszystkich sferach życia (art. 23) oraz podkreślono szczególną wagę praw osób starszych

¹²⁷ K. Lenaerts, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, European Constitutional Law Review Vol. 8 (2012), Issue 3, s. 397.

¹²⁸ Wyrok TSUE z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-208/09, *I. Sayn-Wittgenstein p. Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806, pkt 91.

¹²⁹ K. Lenaerts, *op. cit.*, s. 376.

(art. 25) i osób z niepełnosprawnościami (art. 26), ale przede wszystkim ustanowiono zakaz wszelkiej dyskryminacji „w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną” (art. 21 ust. 1). Przywoływany przepis ma zatem szerszy zakres niż stanowiący podstawę dyrektyw antydyskryminacyjnych art. 19 TFUE, gdyż w przeciwieństwie do niego zawiera otwarty katalog cech chronionych.

Należy w tym kontekście zauważyć także, iż art. 52 ust. 5 wprowadza rozróżnienie między prawami i zasadami, stwierdzając, że „postanowienia niniejszej Karty zawierające zasady mogą być wprowadzane w życie przez akty prawodawcze i wykonawcze przyjęte przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii oraz przez akty Państw Członkowskich, gdy wykonują one prawo Unii”, oraz uznając, iż „można się na nie powoływać w sądzie jedynie w celu wykładni tych aktów i kontroli ich legalności”. W wyjaśnieniach stwierdza się, iż „zgodnie z tym rozróżnieniem respektuje się prawa subiektywne, a zasad przestrzega” oraz zaznacza, że zasady „nie stanowią (...) podstawy do żadnych praw bezpośrednich do podejmowania działań pozytywnych przez instytucje Unii lub władze Państw Członkowskich”. Za przykład zasad podaje się poszanowanie praw osób w podeszłym wieku do godnego i niezależnego życia oraz uczestniczenia w życiu społecznym i kulturalnym (art. 25), poszanowanie prawa osób niepełnosprawnych do korzystania ze środków mających zapewnić im samodzielność, integrację społeczną i zawodową oraz udział w życiu społeczności (art. 26), zasadę wysokiego poziomu ochrony środowiska (art. 37). Jednocześnie zaznaczono w Wyjaśnieniach, że niektóre przepisy mogą zawierać zarówno elementy prawa jak i zasady, np. równość kobiet i mężczyzn (art. 23), ochrona życia rodzinnego i zawodowego (art. 33) czy zabezpieczenie społeczne i pomoc społeczna (art. 34).

Problematyczny jest jednak brak klarownych wytycznych, zarówno w Wyjaśnieniach jak i orzecznictwie TSUE, pozwalających odróżnić prawa od zasad, chociaż podział ten może mieć znaczenie przy rozwiązywaniu konfliktów między interesami usługodawców i usługobiorców w świetle zakazu nierównego traktowania. Jak zauważa K. Lenaerts, można w doktrynie wyróżnić dwa stanowiska co do znaczenia zasad ujętych w KPP – z jednej strony można argumentować, że niemożliwym jest powoływanie się na zasady, dopóki nie istnieją stosowne środki unijne lub implementujące je środki krajowe dające wyraz zasadom, ale z drugiej strony można również szerzej interpretować art. 52 ust. 5, dochodząc do wniosku, że chociaż zasady nie nakładają pozytywnych obowiązków na władze

unijne lub krajowe, to mogą one mieć efekt wykluczający (ang. *exclusionary effect*)¹³⁰. K. Lenaerts wyjaśnia, że drugie z sygnalizowanych stanowisk uznaje, iż art. 52 ust. 5 sprzeciwia się przyjęciu unijnych lub krajowych środków mogących podważyć efektywność zasad potwierdzonych przez KPP, np. poprzez przyjęcie środków regresywnych wobec stanu poprzedniego. Uzasadnione wydaje się przyjęcie drugiego z prezentowanych poglądów, gdyż w przeciwnym razie rola zasad określonych wszakże w akcie prawnym równym traktatom okazałaby się marginalna.

Omawiając zagadnienia ogólne związane z KPP, należy również wskazać, że art. 52 ust. 1 ustanawia warunki dopuszczalności ograniczania praw i wolności przez nią uznanych, stawiając warunki, po pierwsze, ustawowego źródła ograniczenia, a po drugie poszanowania dla istoty praw i wolności. Przywoływany przepis stwierdza również, że „z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności, ograniczenia mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób”. Jak zauważa M. Brkan, odwołanie się do „istoty praw i wolności” (ang. *the essence of rights and freedoms*) oznacza uznanie przez Kartę teorii o posiadaniu przez każde z nich jądra/rdzenia (ang. *core*) oraz otoczki (ang. *periphery*)¹³¹ (TSUE w swoim orzecznictwie sprzed przyjęcia Karty posługiwał się terminem kwintesencji, substancji – ang. *substance*¹³²). Uznanie tej teorii ma istotne znaczenie dla rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi, gdyż pozwala na określenie zakresu dopuszczalnej ingerencji przy wazeniu spornych interesów, aczkolwiek, jak zaznacza M. Brkan, nie ma w doktrynie zgodności co do dokładnej metody wyznaczenia rzeczowego zakresu z uwagi na niejasną relację zasady proporcjonalności do omawianej koncepcji esencji praw i wolności¹³³.

Wedle teorii względnej (ang. *relative theory*) koncept esencji ma jedynie deklaratywne znaczenie, gdyż wszelkie ingerencje mogą być oceniane przez pryzmat proporcjonalności, a zatem potencjalnie mogą być uzasadnione, podczas gdy teoria absolutna (ang. *absolute theory*) uznaje, iż jądro praw pod żadnym warunkiem nie może być ograniczone,

¹³⁰ *Ibidem*, s. 400.

¹³¹ M. Brkan, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 14 (2018), Issue 2, s. 333.

¹³² Zob. np. wyrok TSUE z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie C-265/87, *H. Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG p. Hauptzollamt Gronau*, ECLI:EU:C:1989:303, pkt 15.

¹³³ M. Brkan, *op. cit.*, s. 336.

w przeciwieństwie do jego peryferii, a zatem nawet przy zastosowaniu zasady proporcjonalności nie będzie możliwe uzasadnienie daleko idącego naruszenia. Wyrok w sprawie *Schrems*, w którym TSUE uznał naruszenie „zasadniczej istoty prawa podstawowego” do poszanowania życia prywatnego oraz do skutecznej ochrony prawnej w kontekście ochrony danych osobowych, wskazuje na uznawanie przez niego teorii absolutnej, skoro nie zastosował on testu proporcjonalności dla oceny naruszenia istoty praw¹³⁴. W swoim orzecznictwie TSUE stwierdzał również, że wykonywanie prawa podstawowego „może zostać poddane ograniczeniom, pod warunkiem, że ograniczenia te rzeczywiście odpowiadają celom Unii służącym dobru ogólnemu i nie stanowią, w stosunku do swego celu, ingerencji nieproporcjonalnej i niemożliwej do przyjęcia, która naruszałaby istotę tego prawa”¹³⁵. Takie stanowisko wynika zresztą wynikać z literalnej wykładni art. 52 ust. 1, skoro „wszelkie ograniczenia (...) muszą (...) szanować istotę tych praw i wolności”.

1.2. Zakres zastosowania Karty praw podstawowych Unii Europejskiej

Zakres podmiotowy KPP należy rozpatrywać w dwóch aspektach, tj. komu i przeciwko komu przysługuje ochrona potwierdzonych w niej praw podstawowych. W pierwszym przypadku można wyróżnić trzy zasadnicze grupy tych praw, tj. przynależne wszystkim osobom (np. prawo do życia czy prawo do poszanowania życia prywatnego), przynależne wyłącznie obywatelom Unii (prawa polityczne takie jak prawo głosowania i kandydowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego) oraz przynależne wyłącznie obywatelom państw trzecich (prawo do azylu)¹³⁶. W drugim przypadku należy z kolei odwołać się do art. 51 ust. 1 KPP, zgodnie z którym ma ona zastosowanie do „instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii przy poszanowaniu zasady pomocniczości” oraz do państw członkowskich, ale „wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii”. Instytucjami Unii, zgodnie z art. 13 TUE, są Parlament Europejski, Rada Europejska, Rada, Komisja Europejska, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Europejski Bank Centralny oraz Trybunał Obrachunkowy. Jak wskazują Wyjaśnienia, druga grupa podmiotów obejmuje wszystkie władze ustanowione na mocy traktatów lub prawodawstwa wtórnego, a więc będą to np. ciała

¹³⁴ Wyrok TSUE z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-362/14, *M. Schrems p. Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650, pkt 94-98.

¹³⁵ Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2010 r. w sprawach połączonych C-379/08 i C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA i inni p. Ministero dello Sciluppo economico i inni*, ECLI:EU:C:2010:127, pkt 80.

¹³⁶ D. Curtin, R. van Ooik, *The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 8 (2001), Issue 1, s. 103.

doradcze takie jak Komitet Regionów czy Komitet Ekonomiczno-Społeczny, a także agencje UE takie jak Europejski Urząd Nadzoru Bankowego czy Europejski Urząd Policji.

Najbardziej problematyczne okazuje się określenie zakresu zastosowania KPP w odniesieniu do państw członkowskich z uwagi na niejasność sformułowania „wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii” (w niektórych wersjach językowych, np. angielskiej i francuskiej, używa się czasownika „implementują” lub „wdrażają” zamiast „stosują”, w niemieckiej wersji z kolei mówi się o „realizacji prawa Unii”). Możliwe są dwie wykładnie przywoływanego przepisu, tj. albo wąsko traktująca pojęcie implementacji (stosowania, wykonywania) prawa unijnego, a zatem ograniczająca je tylko do sytuacji, w których państwa członkowskie pełnią rolę przedstawiciela Unii, albo traktująca to pojęcie szeroko, czyli jako znajdujące zastosowanie do sytuacji, gdy przepisy krajowe wchodzą w zakres stosowania prawa UE¹³⁷. W doktrynie proponuje się różne rozwiązania dylematu stosowania KPP poza sferą bezpośredniego stosowania prawa UE przez państwa członkowskie. Proponuje się chociażby niestosowanie przepisów KPP dopóty, dopóki istota podstawowych praw i wolności jest odpowiednio zabezpieczona przez państwa członkowskie (tzw. doktryna *reverse Solange* inspirowana orzecznictwem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego)¹³⁸ albo stosowanie jej poza sferą harmonizacji tylko w przypadku, gdy ma to służyć ujednoczeniu prawa unijnego, ochronie podstawowych praw indywidualnych lub w przypadku, gdy kompetencje krajowe muszą być wykonywane w zgodzie z prawem UE¹³⁹. A. Wróbel, wskazując na możliwość szerokiej wykładni art. 51, argumentuje, że nawet jeśli państwom członkowskim przysługuje swoboda co do uregulowania jakiejś materii, nie oznacza to, iż prawo unijne jest irrelevantne, gdyż nawet w takim wypadku stanowi ono negatywny wzorzec kontroli, wyznaczając granice, w jakich państwa mogą działać, ale nie naruszając przy tym innych przepisów prawa UE, np. określających swobody rynku wewnętrznego¹⁴⁰. Taka argumentacja prowadzi do uznania, że w zasadzie każdy akt prawny

¹³⁷ F. Fontanelli, *National Measures and the Application of the EU Charter of Fundamental Rights – Does Curia.eu Know Iura.eu*, Human Rights Law Review Vol. 14 (2014), Issue 2, s. 238.

¹³⁸ A. von Bogdandy, M. Kottmann, C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrei, M. Smrkolj, *Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, Common Market Law Review Vol. 49 (2012), Issue 2, s. 508.

¹³⁹ S. Peers, *The Rebirth of the EU's Charter of Fundamental Rights*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies Vol. 13 (2011), s. 298, za: F. Fontanelli, *op. cit.*, s. 251.

¹⁴⁰ A. Wróbel, *O niektórych problemach sądowego stosowania Karty Praw Podstawowych*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2009, s. 86.

przyjęty przez państwo członkowskie stanowiłby implementację prawa UE, czy to w sposób pozytywny czy „negatywny”.

Również orzecznictwo TSUE nie prezentuje klarownego rozwiązania pozwalającego na ocenę, kiedy państwa członkowskie stosują prawo Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 KPP. W orzeczeniu w sprawie *ERT*, wydanym jeszcze przed wejściem w życie KPP, Trybunał uznał, że państwa członkowskie zobowiązane są przestrzegać praw fundamentalnych nie tylko, kiedy implementują prawo unijne, ale również, gdy „przepisy krajowe wchodzą w zakres prawa wspólnotowego”¹⁴¹, co zdaje się stanowić wyraz szerokiej wykładni. Z kolei w wyroku *Iida* TSUE stwierdził, że dla ustalenia, czy działanie władz państwowych „mieści się w granicach stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 Karty, należy między innymi zbadać, czy omawiane uregulowanie krajowe ma na celu wykonanie przepisu prawa Unii, jaki jest charakter tego uregulowania oraz to, czy zmierza ono ku realizacji celów innych niż te objęte prawem Unii, nawet jeżeli może ono w sposób pośredni wpływać na to ostatnie, a także to, czy istnieją przepisy prawa Unii regulujące daną dziedzinę w sposób szczególny lub mogący mieć dla niej znaczenie”¹⁴², co na pierwszy rzut może zdawać się wyrazem bardziej restrykcyjnej wykładni art. 51 ust. 1. Zdaniem F. Fontanellego użyte przez TSUE sformułowanie wprowadza jednak pewną niejasność, gdyż wynika z niego, że KPP nie znajdzie zastosowania do aktów mających pośredni wpływ na prawo UE, jeśli zmierzają one do realizacji celów innych niż te objęte prawem UE, ale można uznać *a contrario*, iż będzie ono miało zastosowanie do aktów realizujących cele Unii, choćby nie były one podjęte w celu implementacji prawa UE¹⁴³. Z kolei w postanowieniu w sprawie *Asparuchow* TSUE uznał, iż warunkiem zastosowania Karty jest istnienie „okoliczności stanowiących łącznik z prawem Unii”¹⁴⁴.

Wyjaśnienia stwierdzają jedynie, iż „wymóg poszanowania praw podstawowych określonych w kontekście Unii jest wiążący dla Państw Członkowskich wyłącznie wtedy, gdy działają one w zakresie zastosowania prawa Unii”, co nie rozwiązuje wątpliwości interpretacyjnych. W swojej opinii do orzeczenia *Fransson* rzecznik generalny Cruz Villalón

¹⁴¹ Wyrok TSUE z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-280/89, *ERT AE i inni p. Dimotiki Etairia Pliroforissis i inni*, ECLI:EU:C:1991:254, pkt 42.

¹⁴² Wyrok TSUE z dnia 8 listopada 2012 r. w sprawie C-40/11, *Y. Iida p. Stadt Ulm*, ECLI:EU:C:2012:691, pkt 79.

¹⁴³ F. Fontanelli, *op. cit.*, s. 239.

¹⁴⁴ Postanowienie TSUE z dnia 12 listopada 2010 r. w sprawie C-339/10, *Krasimir Asparuchow Estow i inni p. Ministerski sywet na Republika Bylgarija*, ECLI:EU:C:2010:680, pkt 14.

zaproponował dość wąską interpretację zakładającą posługiwanie się kryterium szczególnego interesu Unii, stwierdzając, że „właściwość Unii do przejęcia roli gwaranta praw podstawowych w odniesieniu do przejawów wykonywania władzy przez państwa członkowskie, w sytuacji gdy stosują one prawo Unii, musi znaleźć wytłumaczenie w kontekście szczególnego interesu Unii by takie wykonywanie uprawnień władczych było dostosowane do takiego rozumienia praw podstawowych, jakie przyjmuje Unia” oraz iż „okoliczność, że takie wykonywanie uprawnień władczych ma swoje ostateczne źródło w prawie Unii, nie jest sama w sobie wystarczająca, by przyjąć, że zachodzi przypadek stosowania”¹⁴⁵. TSUE nie podzielił jednak poglądu rzecznika generalnego, przyjmując dość szeroką interpretację stosowania prawa Unii i uznając, że był właściwy do rozpoznania sprawy dotyczącej zasady *ne bis in idem* w odniesieniu do prawa podatkowego (ukaranie za nieprawidłowości w płatnościach z tytułu podatku VAT). Trybunał stwierdził, że „poszanowanie praw podstawowych chronionych na mocy Karty jest (...) konieczne, w sytuacji gdy przepisy krajowe mieszczą się w zakresie zastosowania prawa Unii”¹⁴⁶, przy czym poczynił istotne zastrzeżenie, iż „jeżeli stan prawny nie jest objęty zakresem zastosowania prawa Unii, Trybunał nie jest właściwy do jego oceny, a przytaczane ewentualnie postanowienia Karty nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do nadania mu takiej właściwości”¹⁴⁷.

W przytaczanym wyroku TSUE uznał, że KPP ma zastosowanie, bo chociaż przepisy krajowe dotyczące postępowania karnego i zobowiązań podatkowych nie zostały wydane w celu transpozycji prawa unijnego, to miały na celu „wypełnienie nałożonego na państwa członkowskie w traktatach obowiązku skutecznego sankcjonowania działań mogących naruszać interesy finansowe Unii”¹⁴⁸. Co więcej, TSUE poczynił następujące zastrzeżenie – „jednakże gdy sąd państwa członkowskiego przystępuje do kontroli zgodności z prawami podstawowymi przepisu prawa krajowego lub działania organów krajowych stanowiącego akt stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 karty – a dotyczy to sytuacji, w której działanie państw członkowskich nie jest w pełni określone przepisami prawa

¹⁴⁵ Opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna przedstawiona w dniu 12 czerwca 2012 r. w sprawie C-617/10, *Åklagaren p. H. Åkerbergowi Franssonowi*, ECLI:EU:C:2012:340, pkt 40.

¹⁴⁶ Wyrok TSUE z dnia 26 lutego 2013 w sprawie C-617/10, *Åklagaren p. H. Åkerbergowi Franssonowi*, ECLI:EU:C:2013:105, pkt 21.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pkt 22.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pkt 28.

Unii – organy i sądy krajowe są uprawnione do stosowania krajowych standardów ochrony praw podstawowych, o ile zastosowanie owych standardów nie podważa poziomu ochrony wynikającego z karty stosownie do wykładni Trybunału ani pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii”¹⁴⁹. Jednakże w wyroku w sprawie *Hernández* TSUE zastosował węższe rozumienie stosowania prawa unijnego, restrykcyjnie interpretując art. 51 ust. 1 i uznając, iż „sama okoliczność, że środek krajowy należy do dziedziny objętej kompetencją Unii, nie oznacza jeszcze, iż jest on objęty zakresem stosowania prawa Unii, a więc również karty”¹⁵⁰. Z kolei w orzeczeniu *Siragusa*, stwierdził, że pojęcie stosowania prawa Unii „wymaga istnienia powiązania określonego stopnia, które wykracza poza bliskość odnośnych dziedzin lub pośredni wpływ jednej dziedziny na drugą”¹⁵¹, z czego wynikałoby, że dla zastosowania KPP konieczna jest możliwość wskazania jasnej relacji między środkiem krajowym a prawem unijnym i konkretnego sposobu, w jaki środek ten może odnieść skutek dla prawa unijnego¹⁵².

W przypadku przepisów antydyskryminacyjnych nie budzi wątpliwości, że w zakresie art. 19 TFUE oraz dyrektyw 2000/43 i 2004/113 państwa członkowskie implementują i stosują prawo UE, jednak w kontekście rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi niezwykle istotny okazuje się problem, czy postanowienia KPP znajdują w związku z powyższym zastosowanie również w przypadku, gdy państwa członkowskie przyznają szerszą ochronę niż minimum wynikające z implementowanych dyrektyw¹⁵³. Problem ten należy analizować z uwzględnieniem art. 52 ust. 2 potwierdzającym przytaczane już postanowienia art. 6 TFUE, zgodnie z którymi KPP „nie rozszerza zakresu zastosowania prawa Unii poza kompetencje Unii, nie ustanawia nowych kompetencji ani zadań Unii, ani też nie zmienia kompetencji i zadań określonych w Traktatach”. W świetle tego przepisu oczywistym jest, iż art. 21 KPP, szerzej ujmujący zakres podmiotowy zakazu

¹⁴⁹ *Ibidem*, pkt 29.

¹⁵⁰ Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2014 r. w sprawie C-198/13, *V. Hernández i inni p. Reino de España i inni*, ECLI:EU:C:2014:2055, pkt 36.

¹⁵¹ Wyrok TSUE z dnia 6 marca 2014 r. w sprawie C-206/13, *Cruciano Siragusa p. Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, ECLI:EU:C:2014:126, pkt 24.

¹⁵² D. Denman, *The Eu Charter of Fundamental Rights: How Sharp are its Teeth?*, *Judicial Review* Vol. 19 (2014), s. 165.

¹⁵³ E. Spaventa, *Should We “Harmonize” Fundamental Rights in the EU? Some Reflections about Minimum Standards and Fundamental Rights Protection in the EU Composite Constitutional System*, *Common Market Law Review* Vol. 55 (2018), Issue 4, s. 1017.

dyskryminacji niż zarówno art. 19 TFUE jak i wspomniane dyrektywy, nie nakłada na państwa członkowskie jakichkolwiek obowiązków implementacyjnych, zaś ewentualne rozszerzenie zakresu podmiotowego, np. objęcie ochroną przed nierównym traktowaniem w dostępie do dóbr i usług przesłanek niepełnosprawności i orientacji seksualnej, leży wyłącznie w ich gestii. Jak się jednak zdaje, jeśli już zdecydują się na szerokie ujęcie zakresu podmiotowego w obszarze życia objętym kompetencjami Unii (zastrzeżenie to należy poczynić z uwagi na konieczność poszanowania zasady przyznania), podlegają reżimowi art. 51 ust. 1, gdyż w takim wypadku dobrowolnie stosują prawo UE, a konkretnie ustanowiony w art. 21 KPP zakaz dyskryminacji.

Zakres zastosowania KPP dopełnia stanowiący integralną część TUE Protokół nr 30 w sprawie stosowania Karty praw podstawowych Unii Europejskiej do Polski i Zjednoczonego Królestwa, stanowiący wedle swojej preambuły sprecyzowanie stosowania KPP „w stosunku do przepisów prawnych i działań administracyjnych” rzeczonych państw członkowskich „oraz możliwość rozpoznawania na podstawie postanowień Karty spraw na drodze sądowej” w tych państwach. W jego pierwszym artykule stwierdzono, że „Karta nie rozszerza kompetencji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ani żadnego sądu lub trybunału Polski lub Zjednoczonego Królestwa do uznania, że przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne, praktyki lub działania administracyjne Polski lub Zjednoczonego Królestwa są niezgodne z podstawowymi prawami, wolnościami i zasadami, które są w niej potwierdzone”. W szczególności podkreślono, iż treść tytułu IV Karty „nie tworzy praw, które mogą być dochodzone na drodze sądowej (...) z wyjątkiem przypadków, gdy Polska lub Zjednoczone Królestwo przewidziały takie prawa w swoim prawie krajowym” (art. 1 ust. 2). Z kolei w art. 2 Protokołu uznano, że „jeżeli dane postanowienie Karty odnosi się do ustawodawstw i praktyk krajowych, ma ono zastosowanie do Polski lub Zjednoczonego Królestwa wyłącznie w zakresie, w jakim prawa i zasady zawarte w tym postanowieniu są uznane przez ustawodawstwo lub praktyki Polski lub Zjednoczonego Królestwa”.

W piśmiennictwie rzeczony Protokół słusznie postrzegany jest raczej jako akt o charakterze politycznym niż akt prawny posiadający realne znaczenie praktyczne¹⁵⁴. TSUE stwierdził zresztą w orzeczeniu *N.S.*, że z brzmienia przepisów protokołu nie wynika, jakoby podważał on zastosowanie KPP wobec wskazywanych państw członkowskich, „co znajduje

¹⁵⁴ A. O'Neill, *The EU and Fundamental Rights – Part 2*, *Judicial Review* Vol. 16 (2011), s. 381.

potwierdzenie w motywach tego protokołu”, zaś art. 1 ust. 1 protokołu „nie ma na celu zwolnienia Rzeczypospolitej Polskiej i Zjednoczonego Królestwa z obowiązku przestrzegania postanowień karty ani uniemożliwienia sądom i trybunałom w tych państwach członkowskich czuwania nad przestrzeganiem tych postanowień”¹⁵⁵. Rzeczniczka generalna J. Kokott w swojej opinii do sprawy *Bonda* podniosła, że chociaż art. 1 ust. 1 protokołu „nie wyróżnia się dużą jasnością”, to „nie oznacza [on] wyłączenia Zjednoczonego Królestwa i Rzeczypospolitej Polskiej z karty praw podstawowych”, a „motywy ósmy i dziewiąty preambuły do protokołu przemawiają raczej za tym, że protokół nie zawiera dla obu wspomnianych krajów odstępstwa od karty, lecz że ma charakter precyzujący i ma być pomocny przy wykładni”¹⁵⁶. Zdaniem S. Peersa protokół nie może być zatem postrzegany jako klauzula *opt-out*, nawet jeśli taka była intencja państw członkowskich, ale raczej jako deklaracja podkreślająca wydzźwięk postanowień Karty określających zakres jej zastosowania¹⁵⁷. S. Peers podnosi również, że chociaż art. 1 ust. 2 odnoszący się do Tytułu IV Karty może być rozumiany jako wyłączający możliwość interpretowania zawartych w nim przepisów jako kształtujących wymagalne prawa, to będzie on jednak miał prawdopodobnie małe znaczenie praktyczne¹⁵⁸. Słusznie jego zdaniem wskazywany przepis nie stanowi bowiem przeszkody dla stosowania względem wskazywanych państw ani właściwych w tym zakresie przepisów prawa unijnego ani zasad ogólnych.

1.3. Prawa podstawowe w relacjach horyzontalnych a zakaz dyskryminacji

Jednym z najistotniejszych zagadnień związanym z rozwiązywaniem konfliktów między prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców jest kwestia ich skutku w relacjach horyzontalnych, tj. między podmiotami prywatnymi. Skutek ten (ang. *third party effect*, niem. *Drittwirkung*,) może być albo bezpośredni, tj. normy prawa publicznego stanowiące o prawach podstawowych wiążą bezpośrednio podmioty prywatne w ich relacjach między sobą (są one adresatami normy), albo pośredni, tj. normy te nie wiążą podmiotów

¹⁵⁵ Wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawach połączonych C-411/10 i C-493/10, *N.S. p. Secretary of State for the Home Department i M.E. i inni p. Refugee Applications Commissioner i inni*, ECLI:EU:C:2011:865, pkt 119-120.

¹⁵⁶ Opinia rzeczniczki generalnej J. Kokott przedstawiona w dniu 15 grudnia 2011 r. w sprawie C-489/10, *Łukasz Marcin Bonda*, ECLI:EU:C:2011:845, pkt 23.

¹⁵⁷ S. Peers, *The Opt-out That Fell to Earth: The British and Polish Protocol concerning the EU Charter of Fundamental Rights*, *Human Rights Law Review* Vol. 12 (2012), Issue 2, s. 379.

¹⁵⁸ *Ibidem*, s. 387.

prywatnych, ale są używane przez organy stosujące prawo do interpretacji i oceny stosunków między nimi¹⁵⁹. Skutek pośredni oznacza zatem, że adresatem normy jest państwo, zaś organy rozstrzygające sytuacje sporne powinny stosować prawo prywatne w sposób gwarantujący stronom sporu ochronę ich praw podstawowych – w takim wypadku pośredniość skutku oznacza, że prawa fundamentalne w relacjach horyzontalnych odnoszą skutek za pośrednictwem instytucji prawa prywatnego¹⁶⁰. Można ten podział opisać również inaczej – skutek bezpośredni oznacza, że prawo unijne stanowi autonomiczną podstawę oceny stanu faktycznego, zaś pośredni sprowadza prawa fundamentalne do roli narzędzia służącego interpretacji prawa krajowego¹⁶¹. Zdaniem M. de Mol definicja efektu bezpośredniego zawiera w sobie dwa typy oceny stanu faktycznego z perspektywy unijnej zasady niedyskryminacji, tj. bezpośredniej oceny prywatnych stosunków prawnych jako takich (ang. *horizontal substitution effect* – norma prawa unijnego bezpośrednio ingeruje w takie stosunki) oraz oceny krajowych aktów prawnych regulujących stosunki prywatne (ang. *horizontal exclusion effect* – norma prawa unijnego ingeruje w te stosunki pośrednio, tj. poprzez krajowe prawo prywatne)¹⁶².

Jak już wyżej podniesiono, KPP zawiera w art. 51 ust. 1 rozróżnienie między prawami, które należy szanować, oraz zasadami, których należy przestrzegać, zaś wyjaśnienia stanowią, iż zasady „mogą być wykonywane poprzez akty prawodawcze lub wykonawcze”, wobec czego „stają się istotne dla sądów i trybunałów jedynie wtedy, gdy akty takie są interpretowane lub poddawane kontroli” i „nie stanowią (...) podstawy do żadnych praw bezpośrednich”, co oznacza przyjęcie przez KPP w odniesieniu do zasad modelu skutku pośredniego. KPP nie dostarcza natomiast jasnej odpowiedzi na pytanie, czy prawa również wywołują jedynie taki skutek, czy też może jednak mają bezpośrednie zastosowanie w relacjach horyzontalnych. Przy omawianiu zakresu podmiotowego KPP wskazano, że ma ona zastosowanie do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii oraz do państw członkowskich, co zdaje się przynajmniej *prima facie* wykluczać skutek bezpośredni.

¹⁵⁹ E. Engle, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, *Hanse Law Review* Vol. 5 (2009), No 2, s. 165.

¹⁶⁰ M. Fornasier, *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?*, *European Law Review* Vol. 23 (2015), Issue 1, s. 32.

¹⁶¹ M. de Mol, *The Novel Approach of the CJEU on the Horizontal Direct Effect of the EU Principle of Non-Discrimination: (Unbridled) Expansionism of EU Law*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 18 (2011), Issue 1-2, s. 110.

¹⁶² *Ibidem*, s. 111.

M. Fornasier zauważa jednak, że można na zasadzie analogii do swobód rynku wewnętrznego gwarantowanych w prawie pierwotnym argumentować, iż art. 51 ust. 1 określający zakres zastosowania KPP nie zawiera wyczerpującego wyliczenia¹⁶³. W argumentacji *per analogiam* dostrzega on jednak problem dość daleko idących różnic pomiędzy swobodami ekonomicznymi a prawami podstawowymi – o ile te pierwsze są dość ograniczone w swoim zakresie, gdyż obejmują wyłącznie czynności rynkowe z elementem transgranicznym, a więc wpływają na indywidualną sytuację podmiotów prywatnych w dość małym stopniu, o tyle te drugie mają zdecydowanie szerszy zakres zastosowania, który nie wymaga ani działania w sferze ekonomicznej ani elementu transgranicznego, a w efekcie w większym stopniu ingerują w sytuację jednostek. Zdaniem M. de Mol wyżej opisywany *horizontal substitution effect* możliwy będzie natomiast tylko wtedy, gdy podmioty prywatne są w jakiś sposób zaangażowane w implementację czy stosowanie prawa unijnego, nie zaś wyłącznie z powodu objęcia danej sfery życia zakresem przedmiotowym przepisów antydyskryminacyjnych¹⁶⁴.

Należy jednak zauważyć, że niektóre orzeczenia TSUE sugerują istnienie skutku bezpośredniego praw podstawowych w relacjach horyzontalnych. W orzeczeniu *Mangold* TSUE, rozpatrując zarzut dyskryminacji ze względu na wiek w związku z przepisem krajowym zezwalającym na zawarcie umowy na czas określony bez obiektywnego powodu, gdy pracownik ukończył pięćdziesiąty drugi rok życia, uznał, iż „zasada niedyskryminacji ze względu na wiek powinna zostać uznana za zasadę ogólną prawa wspólnotowego”¹⁶⁵ stojącą na przeszkodzie uregulowaniu będącym przedmiotem sporu. W efekcie sąd krajowy zobowiązany do zagwarantowania ochrony prawnej wynikającej z prawa wspólnotowego oraz zapewnienia jej pełnej skuteczności powinien odmówić zastosowania jakichkolwiek przepisów krajowych sprzecznych z zakazem dyskryminacji ze względu na wiek¹⁶⁶. Podobny problem pojawił się na tle stanu faktycznego w sprawie *Küçükdeveci*, gdzie przedmiotem sporu był przepis krajowy statuujący nieuwzględnianie okresów zatrudnienia ukończonych przed osiągnięciem 25 lat życia przy obliczaniu długości okresu wypowiedzenia, co zdaniem

¹⁶³ M. Fornasier, *op. cit.*, s. 38.

¹⁶⁴ M. de Mol, *op. cit.*, s. 129.

¹⁶⁵ Wyrok TSUE z dnia 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04, *W. Mangold p. R. Helm*, ECLI:EU:C:2005:709, pkt 75.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pkt 77.

skarżącej stanowiło przejaw nierównego traktowania ze względu na wiek¹⁶⁷ – w tym wypadku TSUE zastosował argumentację tożsamą z orzeczeniem *Mangold*, uznając, iż dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy stanowi jedynie wyraz zasady ogólnej zakazu dyskryminacji ze względu na wiek¹⁶⁸ (w przeciwnym razie niemożliwe byłoby zobowiązanie sądu do niezastosowania przepisu krajowego w związku z problemem skutku bezpośredniego dyrektyw). W orzeczeniu *Association de médiation sociale*, dotyczącym art. 27 KPP (prawo pracowników do informacji i konsultacji w ramach przedsiębiorstwa), TSUE stwierdził, że „okoliczności sprawy stanowiącej przedmiot postępowania głównego różnią się od okoliczności sprawy, w której wydany został ww. wyrok w sprawie *Kücükdeveci*, ponieważ zasada niedyskryminacji ze względu na wiek, której dotyczyła ta ostatnia sprawa, ustanowiona w art. 21 ust. 1 Karty, wystarcza sama w sobie dla przyznania jednostkom prawa podmiotowego, które może być powoływane jako takie”¹⁶⁹. Z tego sformułowania wynika po pierwsze, iż TSUE uznaje istnienie skutku bezpośredniego w relacjach horyzontalnych zasady niedyskryminacji nie tylko ze względu na wiek, ale również ze względu na inne kryteria wymieniona w art. 21 KPP¹⁷⁰. Po drugie, uznanie istnienia tego skutku w odniesieniu do zakazu dyskryminacji nie oznacza, iż również inne prawa podstawowe będą niejako automatycznie tenże skutek odnosiły, gdyż argumentacja musi uwzględniać specyficzny charakter różnych praw¹⁷¹.

Zdaniem M. Fornasiera wątpliwym jest jednak twierdzenie, jakoby orzeczenia w sprawach *Mangold* oraz *Kücükdeveci* faktycznie stanowiły wyraz bezpośredniego skutku praw podstawowych w relacjach horyzontalnych, gdyż zdają się one raczej stanowić wyraz skutku pośredniego¹⁷². Jak zauważa, w obu przypadkach spór dotyczył co prawda podmiotów prywatnych, jednak przedmiotem analizy nie było zachowanie tych podmiotów, ale przepis krajowy, a więc środek przyjęty przez instytucję publiczną. Podstawowym efektem obu

¹⁶⁷ Wyrok TSUE z dnia 19 stycznia 2010 r. w sprawie C-555/07, *S. Küçükdeveci p. Swedex GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2010:21, pkt 15.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pkt 20.

¹⁶⁹ Wyrok TSUE z dnia 15 stycznia 2014 r. w sprawie C-176/12, *Association de médiation sociale p. Union locale des syndicats CGT i inni*, ECLI:EU:C:2014:2, pkt 47.

¹⁷⁰ M. de Mol, *op. cit.*, s. 110.

¹⁷¹ Zob. wyrok TSUE z dnia 24 stycznia 2012 r. w sprawie C-282/10, *M. Dominguez p. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique i inni*, ECLI:EU:C:2012:33, pkt 44.

¹⁷² M. Fornasier, *op. cit.*, s. 44.

orzeczeń było stwierdzenie o konieczności niezastosowania przepisów krajowych, zaś efekt względem praw i obowiązków stron stosunku pracy miał raczej charakter pośredni i wynikał z niezastosowania rzeczonyj normy krajowej. Natomiast M. de Mol zwraca uwagę, że przytaczane orzeczenia zdają się nie tylko przyznawać zasadzie niedyskryminacji bezwarunkowy skutek bezpośredni (tj. nieobarczony żadnymi warunkami), skoro TSUE nie poczynił jakichkolwiek zastrzeżeń co do szczególnych okoliczności tych spraw, ale również przyznawać go zasadzie niedyskryminacji w odniesieniu do stosunków między podmiotami prawa prywatnego¹⁷³. Wywodzi ona taki wniosek ze stwierdzenia TSUE, że skutek w relacjach horyzontalnych wynika z konieczności zapewnienia pełnej efektywności zasady niedyskryminacji ze względu na wiek. A. Zawidzka-Łojek zwraca z kolei uwagę, iż argumentację TSUE w orzeczeniu *Mangold* można interpretować jako ustanawiającą *de facto* skutek bezpośredni horyzontalny dla dyrektyw konkretyzujących ogólną zasadę równości¹⁷⁴, co sugeruje, iż skutek ten nie jest ograniczony wyłącznie do wieku, ale wszystkich cech chronionych. Należy zgodzić się z tym poglądem, gdyż analiza argumentacji użytej w wyżej przytoczonych orzeczeniach faktycznie wskazuje, że mogłaby ona znaleźć zastosowanie do każdej z przesłanek używanych przez przepisy antydyskryminacyjne, a ponadto nie zawiera ona jakichkolwiek szczególnych obostrzeń dotyczących specyfiki przesłanki wieku. Niejasności co do bezpośredniego skutku zasady niedyskryminacji w relacjach horyzontalnych TSUE rozwiął jednak w orzeczeniu w sprawie *Cresco Investigation*¹⁷⁵, w którym uznał, iż również na prywatnego pracodawcę można nałożyć obowiązki związane z koniecznością zapewnienia przestrzegania ogólnej zasady niedyskryminacji.

W orzecznictwie TSUE zauważalny jest w ostatnim czasie kierunek w klarowny sposób opowiadający się za przyznaniem prawom podstawowym skutku bezpośredniego. W wyroku w sprawie *Egenberger* TSUE uznał, że, „jako jedna z ogólnych zasad prawa Unii zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania jest normą o charakterze bezwzględnie wiążącym” i zakaz ten określony w art. 21 KPP „samoistnie przyznaje jednostkom prawo, na które mogą się one bezpośrednio powoływać w sporze dotyczącym

¹⁷³ M. de Mol, *op. cit.*, s. 120.

¹⁷⁴ A. Zawidzka-Łojek, *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 169.

¹⁷⁵ Wyrok TSUE z dnia 22 stycznia 2019 r. w sprawie C-193/17, *Cresco Investigation GmbH p. Markusowi Achatziemu*, ECLI:EU:C:2019:43.

jednej z dziedzin objętych prawem Unii”¹⁷⁶, co potwierdza poczynione wyżej uwagi o innych niż wiek kryteriach dyskryminacji. TSUE zauważył jednak również, iż art. 47 KPP gwarantujący prawo do skutecznej ochrony sądowej „samoistnie, a więc bez konieczności ustanowienia szczegółowych norm w przepisach prawa Unii lub prawa krajowego, przyznaje jednostkom prawo, na które mogą się one bezpośrednio powoływać”¹⁷⁷. Niezwykle istotną argumentację przedstawiono również w orzeczeniu w sprawie *Bauer*, gdzie TSUE rozpatrywał kwestię skutku bezpośredniego art. 31 ust. 2 KPP statuującego prawo do urlopu. Po pierwsze, zauważono w kontekście zakresu podmiotowego zastosowania KPP, że art. 51 ust. 1 nie można interpretować w sposób wyłączający bezpośrednie związanie niektórymi jej postanowieniami podmiotów prywatnych¹⁷⁸. Fakt związania przepisami prawa pierwotnego w pierwszej kolejności państw członkowskich nie wyklucza bowiem ich zastosowania w stosunkach między tymi podmiotami. Po drugie, podniesiono, że prawo określone w art. 31 ust. 2 KPP rodzi po stronie pracodawcy obowiązek przyznania płatnego urlopu¹⁷⁹. Po trzecie wreszcie, stwierdzono, że analizowany przepis nie zawiera odesłania do przepisów prawa UE lub prawa krajowego¹⁸⁰, co musi być interpretowane jako nadanie mu charakteru normy bezwzględnie wiążącej. Potwierdzono to w orzeczeniu w sprawie *Max-Planck*, gdzie TSUE również w odniesieniu do art. 31 ust. 2 KPP uznał, iż prawu w nim określonemu „przysługuje (...) w odniesieniu do samego jego istnienia charakter jednocześnie bezwzględnie wiążący i bezwarunkowy, istnienie to nie wymaga bowiem skonkretyzowania przepisami prawa Unii lub prawa krajowego”, a co za tym idzie „wspomniane postanowienie samoistnie przyznaje pracownikom prawo, na które jako takie mogą powoływać się w sporze ze swoim pracodawcą w sytuacji objętej prawem Unii i wchodzącej w konsekwencji w zakres stosowania karty”¹⁸¹. Słusznie zauważa S. de Vries, że na bazie przytaczanych orzeczeń może stwierdzić, iż TSUE określił dwa warunki, które prawa i wolności muszą spełnić, by przyznano im skutek

¹⁷⁶ Wyrok TSUE z dnia 17 kwietnia 2018 r. w sprawie C-414/16, *V. Egenberger p. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung EV*, ECLI:EU:C:2018:257, pkt 76.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pkt 78.

¹⁷⁸ Wyrok TSUE z dnia 6 listopada 2018 r. w sprawach połączonych C-569/16 i C-570/16, *Stadt Wuppertal p. M. Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871, pkt 87.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pkt 90.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pkt 84.

¹⁸¹ Wyrok TSUE z dnia 6 listopada 2018 r. w sprawie C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV p. T. Shimizu*, ECLI:EU:C:2018:874, pkt. 74.

bezpośredni, tj. bezwarunkowość i obligatoryjność¹⁸². Pogląd ten będzie jednak wymagał zapewne jeszcze potwierdzenia w odniesieniu do innych przepisów KPP.

Poza powyższymi warunkami należy zwrócić uwagę na szczególne argumenty wynikające z prawodawstwa antydyskryminacyjnego przemawiające za przyznaniem prawom podstawowych skutku bezpośredniego w relacjach horyzontalnych, gdy wchodzi one w relację z zasadą równego traktowania. Z racji swojego zakresu podmiotowego i przedmiotowego przepisy o zakazie dyskryminacji odnoszą się do sytuacji między jednostkami, w tym do relacji pomiędzy usługobiorcami i usługodawcami. Jak słusznie zauważa M. Schillig, bezpośrednia transpozycja norm statuujących zakaz dyskryminacji na relacje między podmiotami prywatnymi powoduje, że naruszone mogą zostać prawa fundamentalne podmiotu dyskryminującego (np. swoboda wyboru strony umowy)¹⁸³. Osoba podnosząca zarzut dyskryminacji nie będzie musiała powoływać się bezpośrednio na prawa wynikające z KPP dzięki istnieniu norm implementujących unijny zakaz nierównego traktowania do porządku krajowego. Osoba broniąca się przed tym zarzutem nie będzie jednak prawdopodobnie dysponowała w każdym przypadku możliwością podobnej argumentacji na podstawie norm krajowych stanowiących wyraz poszanowania jej praw podstawowych w zakresie relacji między usługodawcami i usługobiorcami (za wyjątkiem np. klauzuli sumienia w wypadku szczególnych grup zawodowych czy swobody kontraktowej stanowiącej jedną z podstawowych zasad prawa cywilnego).

Dyrektywa 2000/43 w motywie czwartym swojej preambuły stwierdza, że istotne jest przestrzeganie podstawowych praw i wolności określonych w aktach prawa międzynarodowego których sygnatariuszami są wszystkie państwa członkowskie, a także iż „w kontekście dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług istotne jest również przestrzeganie ochrony życia prywatnego i rodzinnego, jak również realizowanych w tym zakresie transakcji”. Z kolei dyrektywa 2004/113 uznaje w motywie trzecim preambuły, że „oprócz zakazu dyskryminacji ważne jest szanowanie innych podstawowych praw i wolności, wraz z ochroną prywatności i życia rodzinnego oraz działań wykonywanych w tym kontekście, a także wolności”. Jakkolwiek treść preambuły nie tworzy norm prawnych, stanowi ona istotną wskazówkę interpretacyjną przy dokonywaniu wykładni, a przywołane motywy

¹⁸² S. de Vries, *The Bauer et al. and Max Planck judgments and EU citizens' fundamental rights: An outlook for harmony*, *European equality law review*, Issue 1/2019, s.24.

¹⁸³ M. Schillig, *The Interpretation of European Private Law in the Light of Market Freedoms and EU Fundamental Rights*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 15 (2008), Issue 3, s. 310.

zdają się wyznaczać kierunek nie tylko transpozycji wskazywanych dyrektyw do porządków krajowych państw członkowskich, ale również ich interpretacji przez organy stosujące prawo. Poczynienie takich zastrzeżeń w obu dyrektywach zdaje się sugerować, że prawodawca europejski przewidział, iż w sprawach o roszczenia z tytułu naruszenia zakazu dyskryminacji strony sporu mogą powoływać się na swoje prawa podstawowe celem chociażby odparcia zarzutu nierównego traktowania.

Tak zasygnalizowana możliwość posługiwania się przez strony sporu argumentacją opartą na prawach fundamentalnych oznacza, iż w unijnym porządku prawnym odnoszą one, przynajmniej w sprawach dotyczących równego traktowania, bezpośredni skutek w relacjach horyzontalnych, a ich rozumienie oparte jest na KPP, wspólnych tradycjach konstytucyjnych państw członkowskich oraz aktach prawa międzynarodowego, którego stronami są wszystkie państwa członkowskie. Pozbawienie praw potwierdzonych przez KPP skutku bezpośredniego czyniłoby sugerowaną przez dyrektywy ochronę tych praw bezskuteczną. Analiza przytaczanych dokumentów prowadzi zatem do wniosku, że w wypadku przepisów zakazujących nierównego traktowania w dostępie do dóbr i usług, a więc obszarze regulowanym przez przepisy prawa prywatnego, prawa podstawowe, przynależne prawu publicznemu, nie stanowią konstrukcji zewnętrznej względem tych pierwszych, ale są z nimi nierozzerwalnie związane, niezależnie od skutku, jaki odnoszą w relacjach horyzontalnych w danym wypadku. KPP będzie stanowiła zatem punkt wyjścia do rozważań nad problemem rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi usługodawców i usługobiorców w prawie UE.

2. Konflikty między prawami podstawowymi – typologia i metodologia

2.1. Typologia konfliktów między prawami podstawowymi

E. Bribosia i I. Rorive, odwołując się do typologii konfliktów między prawami konstytucyjnymi zaproponowanej przez L. Zuccę¹⁸⁴ i przekładając ją na konflikty pomiędzy prawem do równego traktowania a innymi prawami fundamentalnymi, proponują wyróżnienie dwóch zasadniczych typów konfliktów, tj. między różnymi prawami lub wolnościami (ang. *inter-rights conflict*) oraz powstające w obrębie jednego prawa lub jednej wolności (ang. *intra-right conflict*)¹⁸⁵. Każdy z tych konfliktów może ponadto występować w sytuacji

¹⁸⁴ Zob. L. Zucca, *Constitutional Dilemmas of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford 2007.

¹⁸⁵ E. Bribosia, I. Rorive, *In search of a balance between the right to equality and other fundamental rights*, European Commission, Luxembourg 2010, s. 17.

zewnętrznej, czyli gdy polega na sporze pomiędzy jednostkami, albo sytuacji wewnętrznej, gdy żądania wynikające z konieczności ochrony praw podstawowych pozostają w konflikcie w odniesieniu do wyłącznie jednej osoby. Do wewnętrznego konfliktu między prawami lub wolnościami (ang. *internal inter-rights conflict*) dochodzi zatem, gdy ta sama osoba wywodzi dwa przeciwstawne żądania z dwóch różnych przysługujących jej praw lub wolności w taki sposób, że nie jest możliwe spełnienie obu bez uszczerbku dla któregoś z nich. Jako przykład takiego konfliktu E. Bribosia i I. Rorive podają sytuację, gdy w celu dokonania racjonalnych usprawnień (element prawa do równego traktowania) osoba z niepełnosprawnością musi ujawnić stopień lub rodzaj swojej niepełnosprawności (ewentualne naruszenie ochrony życia prywatnego)¹⁸⁶. Z kolei zewnętrzny konflikt tego rodzaju (ang. *external inter-rights conflict*) występuje w sytuacji, gdy dwa podmioty dochodzą ochrony przysługujących im różnych praw lub wolności, będących w danym stanie faktycznym w opozycji do siebie, np. gdy organizacja, której etyka opiera się na religii lub przekonaniach, stawia kandydatom do pracy wymóg działania w zgodzie z tą etyką istnieje ryzyko zderzenia wolności religijnej jej członków z prawem kandydata do bycia równo traktowanym bez względu na religię lub przekonania. Zewnętrzny konflikt wewnątrz prawa (ang. *external intra-right conflict*) występuje z kolei, gdy dwa podmioty wywodzą swoje żądania z tego samego prawa lub tej samej wolności. W tym kontekście E. Bribosia i I. Rorive przywołują przykład nieprzedłużenia kontraktu pracownikowi urzędu stanu cywilnego, który z uwagi na swoje przekonania religijne odmawia rejestracji związków osób tej samej płci, mimo że możliwość ich formalizacji przewidziana jest w prawie krajowym. Ich zdaniem pracownik ten może podnosić, iż z uwagi na wyznanie lub przekonania został nierówno potraktowany w sposób pośredni, podczas gdy osoby chcące zarejestrować swój związek mogą argumentować, że jego zachowanie jako urzędnika państwowego stanowiło praktykę dyskryminującą ze względu na orientację seksualną. Do wewnętrznego konfliktu wewnątrz prawa lub wolności (ang. *internal intra-right conflict*) może z kolei dojść, gdy w opozycji do siebie występują roszczenia wywodzone przez jedną osobę z tego samego prawa lub tej samej wolności, jednak według E. Bribosia i I. Rorive prawdopodobieństwo wystąpienia tego typu konfliktu jest niezwykle małe.

Możliwe jest oczywiście przyjęcie również innych kryteriów służących wyróżnieniu typów konfliktów między prawami, chociażby hierarchiczność (konflikty między

¹⁸⁶ *Ibidem*, s. 18.

prawami gwarantowanymi przez akty prawne różnego rzędu) czy też rodzaj praw lub wolności (np. konflikty między prawami politycznymi a ekonomicznymi, między prawami pierwszej a trzeciej generacji). Niemniej typologia zaproponowana przez E. Bribosię i I. Rorive wydaje się najbardziej przejrzysta i użyteczna z perspektywy sytuacji spornych między usługodawcami i usługobiorcami w prawie UE. Posługując się zatem terminologią przyjętą w tej typologii, należy wskazać, że w niniejszej pracy analizowane będą wyłącznie przypadki zewnętrznych konfliktów między prawami (ang. *external conflict*), czyli sytuacji sporu między z jednej strony podmiotami oferującymi świadczenie usług lub dostarczanie towarów a z drugiej strony podmiotami chcącymi je nabyć. Jak się zdaje, zdecydowana większość tych konfliktów będzie miała charakter sporów pomiędzy różnymi prawami i wolnościami (ang. *external inter-rights conflict*), w których odpowiedzią na zarzut naruszenia zakazu dyskryminacji jest argumentacja z wykorzystaniem praw lub wolności innych niż prawo do równego traktowania.

2.2. Metodologia rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi

2.2.1. Metoda analizy proporcjonalnej – założenia oraz krytyka

W literaturze przedmiotu dotyczącej rozwiązywania konfliktów między prawami najwięcej uwagi poświęca się metodzie analizy proporcjonalnej, związanej przede wszystkim z dorobkiem prawa konstytucyjnego w odniesieniu do rozwiązywania sporów między konkurującymi prawami i wolnościami oraz dopuszczalnością ich ograniczania w relacjach między państwem a obywatelem. Jakkolwiek jej rozwój związany jest z relacjami wertykalnymi, w związku z czym nie można jej w prosty sposób przełożyć na relacje horyzontalne, a więc również te między usługodawcami i usługobiorcami, to jej główne elementy, jak wykazano poniżej, zdają się również przydatne w drugim ze wskazywanych przypadków. Podstawowym założeniem omawianej metody jest dopuszczalność ograniczenia praw i wolności jednej grupy podmiotów dla umożliwienia innej grupie realizacji przynależnych jej praw i wolności¹⁸⁷. Jednocześnie celem zasady proporcjonalności jest określenie warunków możliwości ich ograniczenia. W swojej pełnej formie analiza proporcjonalna składa się z czteroelementowego testu, tj. badania (1) zgodności z prawem, (2) właściwości wybranego środka dla osiągnięcia zamierzonego celu, (3) konieczności podejmowania działań, czyli wyboru najmniej restrykcyjnego środka oraz (4) analizy proporcjonalnej *sensu stricto*, tj. badania relacji między korzyściami i kosztami wynikającymi

¹⁸⁷ A. Barak, *Proportionality and Principled Balancing*, Law & Ethics of Human Rights, Vol. 4 (2010), No 1, s. 3.

z ograniczenia praw lub wolności¹⁸⁸. Na poziomie ogólnym rozwiązanie konfliktu metodą proporcjonalną składa się zatem z dwóch etapów. W pierwszym z nich należy ustalić, poprzez zastosowanie dwóch pierwszych elementów testu proporcjonalności, tj. legalności oraz właściwości środka, czy w danym przypadku doszło w ogóle do sytuacji wymagającej rozstrzygnięcia w zakresie relacji między prawami. Jeśli bowiem okaże się, iż podejmowane działanie nie spełnia któregoś z tych kryteriów, nie będzie konieczne faktyczne rozwiązanie konfliktu z perspektywy kryteriów konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto* (co stanowi drugi etap).

W doktrynie i judykaturze amerykańskiej i kanadyjskiej częściej używa się podobnej do zasady proporcjonalności w jej europejskim rozumieniu metafory balansowania (ang. *balancing* – również jako równoważenie, wyważanie) dla zobrazowania procesu rozwiązywania konfliktów, gdzie na szalach kładzie się konkurujące prawa lub wolności (lub w przypadku prawa konstytucyjnego ograniczenia praw lub wolności oraz cele społeczne, które mają być osiągnięte dzięki tym ograniczeniom). P. M. McFadden opisuje tę metaforę jako trzyetapowy test składający się z (1) ustanowienia równowagi, (2) przypisania wagi konkurującym prawom i (3) określenia, które z praw będących w konflikcie przeważa w danej sytuacji¹⁸⁹. W literaturze przedmiotu nie ma pełnej zgodności co do charakteru relacji między analizą proporcjonalną a balansowaniem. B. van der Sloot uznaje, że analiza proporcjonalna nie implikuje *per se* równoważenia, gdyż istnieją alternatywne metody, takie jak np. badanie proporcjonalności pomiędzy celami i środkami¹⁹⁰. B. Ugochukwu, porównując amerykańską metodę balansowania z brytyjskim ujęciem proporcjonalności, stwierdza z kolei, że można by uznać, iż między tymi pojęciami nie występuje zasadnicza różnica, skoro oba dotyczą metody odnajdywania równowagi między konkurującymi prawami¹⁹¹. Również dla M. Cohen-Eliyi i I. Porata amerykańskie balansowanie i europejska proporcjonalność są analitycznie podobne i spełniają podobne funkcje, mimo że różny jest ich historyczny rozwój¹⁹². J. Costa-Neto uznaje

¹⁸⁸ A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 47 (2008), No 1, s. 75.

¹⁸⁹ P. M. McFadden, *The Balancing Test*, Boston College Law Review, Vol. 29 (1988), Issue 5, s. 40.

¹⁹⁰ B. van der Sloot, *Ten questions about Balancing*, European Data Protection Law Review, Vol. 3 (2017), Issue 2, s. 189.

¹⁹¹ B. Ugochukwu, *Balancing, Proportionality, and Human Rights Adjudication in Comparative Context: Lessons from Nigeria*, The Transnational Human Rights Review, Vol. 1 (2014), s. 27.

¹⁹² M. Cohen-Eliya, I. Porat, *American balancing and German proportionality: The historical origins*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 8 (2010), Issue 2, s. 265.

z kolei balansowanie za ostatni element testu proporcjonalności, utożsamiając je z proporcjonalnością *sensu stricto*¹⁹³.

Należy przychylić się do stanowisk przyjmujących istnienie ścisłych związków między balansowaniem a metodą analizy proporcjonalnej. Po pierwsze, balansowanie nie wykazuje na tyle znaczących różnic w swojej strukturze analitycznej w porównaniu do proporcjonalności, by można było uznać je za odrębną metodę. Słusznie zauważają B. Ugochukwu, M. Cohen-Eliya i I. Porat, że oba podejścia zmierzają w zasadzie do tego samego, czyli rozwiązania konfliktu poprzez znalezienie balansu między konkurującymi prawami. Jak się zdaje amerykańska i kanadyjska metafora balansowania wyraża w istocie w ten sposób to samo, co w języku metody analizy proporcjonalnej określa się mianem proporcjonalności *sensu stricto*, na co słusznie zwraca uwagę J. Costa-Neto. Nie ma przy tym racji B. van der Sloot, kiedy uznaje, że proporcjonalność nie implikuje równoważenia. Nawet jeśli ma to polegać na badaniu proporcjonalności chociażby pomiędzy wyznaczonymi celami i wybranymi środkami, to w istocie będzie zmierzała do ustanowienia między nimi właściwego balansu. Skoro zasada proporcjonalności odrzuca nadmierną ingerencję w prawa i wolności, to ze swej natury dąży do zapewnienia balansu, nawet jeśli nie będzie to balans między prawami, ale właśnie nawet między dwiema odmiennymi wartościami jakimi są cele i środki. Skoro powzięty środek ma być właściwy do osiągnięcia zamierzonego celu, a zatem nie może być zbyt daleko idący, to znaczy, iż musi pozostawać w relacji równowagi do rzeczonoego celu. Z tego względu balansowanie oraz analiza proporcjonalna będą w dalszej części rozważań rozpatrywane łącznie jako wyraz tego samego podejścia do rozwiązywania konfliktów między konkurującymi prawami.

Dla krytyków metody analizy proporcjonalnej jej podstawową wadą jest problem niewspółmierności (ang. *incommensurability*), czyli niemożności przypisania konkurującym prawom i wolnościom wartości, dzięki której można byłoby je ze sobą porównać i dokonać w efekcie swoistej redukcji w procesie balansowania. Jak wskazał sędzia Sądu Najwyższego USA Anotnin Scalia w swoim zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie *Bendix Autolite Corp. v Midwesco Enterprises*, metafora balansowania, która zakłada istnienie skali porównawczej, jest niewłaściwa właśnie z uwagi na niewspółmierność praw i wolności, w związku z czym proces równoważenia „jest jak wyrokowanie, czy dana linia jest dłuższa niż określona skala

¹⁹³ J. Costa-Neto, *Rights as Trumps and Balancing: Reconciling the Irreconcilable?*, *Direito GV Law Review* 21, s. 162.

jest cięższa”¹⁹⁴. Jak podnosi G. Webber, dla stwierdzenia, że A jest współmierne do B, konieczne jest spełnienie dwóch warunków¹⁹⁵. Po pierwsze, musi istnieć jednostka miary, dzięki której możliwe jest przypisanie większej lub mniejszej wartości A oraz B. Po drugie, musi istnieć złożona właściwość P, która będzie powiązana z wyborem (ang. *corellative with choice*), racjonalnie poprzedzająca wybór (ang. *rationaly antecedent to choice*) oraz racjonalnie determinująca wybór (ang. *rationaly determinant of choice*). Współmierność zaistnieje, jeśli dzięki spełnieniu tych dwóch warunków będzie możliwe wyczerpujące porównanie (tj. dotyczące wszystkich istotnych aspektów A i B) za pomocą jednostki miary, prowadzące do stwierdzenia, która z porównywanych wartości jest bardziej lub mniej P. Zdaniem G. Webbera porównanie dwóch praw przy pomocy wspólnej jednostki miary byłoby jednak niewłaściwe, gdyby wartość, ważność lub właściwość którejś z opcji wyboru miałyby ulec zniekształceniu, przekształceniu lub „przekręceniu”.

D. Faigman zauważa, że istnieją co najmniej dwie wersje zarzutu niewspółmierności, określanego często mianem zarzutu jabłek i pomarańczy (ang. *the apples and oranges complaint*)¹⁹⁶. W jego uproszczonej wersji podnosi się, iż prawa i wolności nie mogą zostać zredukowane do wspólnego mianownika umożliwiającego przeprowadzenie między nimi rzeczywistego porównania. D. Faigman argumentuje przeciwko temu zarzutowi, używając metafory właśnie jabłek i pomarańczy, które są od siebie różne, ale które bardzo często są porównywane na wspólnej im skali, takiej jak np. waga, rozmiar czy subiektywne preferencje. Tak samo jego zdaniem prawa i wolności można mierzyć przy użyciu różnych wartości tworzących wspólne im skale, takich jak skuteczność czy stosunek kosztów do zysków. Bardziej złożona wersja zarzutu niewspółmierności powołuje się z kolei na brak skali wartości niezależnej od preferencji sędziów, co powoduje, iż nie jest jasnym, jakiej miary użyć. D. Faigman odrzuca jednak taką krytykę balansowania, uznając, że problem istnienia bądź nieistnienia neutralnych zasad czy reguł wykracza poza samą metodę równoważenia, w związku z czym nie powinien stanowić on zarzutu pod jej adresem. Co więcej, D. Faigman uznaje, iż ważenie praw nie musi posługiwać się ściśle wymiernymi wartościami, skoro nie da się przypisać konkretnej wagi np. wolności wypowiedzi. Analizując balansowanie

¹⁹⁴ 486 U.S. 888, 108 S. Ct. 2218, 100 L. Ed. 2d 896 (1988).

¹⁹⁵ G. Webber, *Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 23 (2010), nr 1, s. 194.

¹⁹⁶ D. Faigman, *Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication*, Northwestern University Law Review, Vol. 88 (1994), No 2, s. 651.

w kontekście konstytucyjnego ograniczania praw i wolności, uważa on, iż mimo tej niewymierności, można prawa, wolności czy wartości porównać właśnie wedle miary konstytucyjności (ang. *constitutionality*)¹⁹⁷. Jak podnosi, nie można oczywiście stwierdzić, iż wartość A jest dwa razy ważniejsza niż wartość B, ale można uznać, że jest ona bardziej konstytucyjna. Zastrzega on jednocześnie, że taka miara nie pretenduje w żadnej mierze do bycia obiektywną lub weryfikowalną w sposób naukowy.

W literaturze przedmiotu pojawia się oczywiście w związku z prezentowanym zarzutem problem, jaką wspólną wartość można przypisać konkurującym prawom. T. Aleinikoff zwraca uwagę, że istotne dla balansowania jest stworzenie skali niezależnej od preferencji indywidualnych osoby stosującej prawo w sytuacji konfliktu, w związku z czym istnieje konieczność sięgnięcia do zewnętrznych wartości, takich jak choćby historia czy społeczny konsensus, z perspektywy których oceniane będą sporne wartości. V. Luizzi zauważa jednak, iż ważenie wartości nie musi nieść za sobą pewnego wspólnego systemu miar, gdyż można stwierdzić, czy w danej sytuacji więcej waży worek jabłek czy worek pomarańczy, nawet gdy nie ma się do dyspozycji środków pozwalających określić dokładną wagę każdego z worków¹⁹⁸. W odpowiedzi na zarzut niewspółmierności A. Barak zaproponował posługiwanie się kryterium względnego znaczenia społecznego (ang. *relative social importance*) przypisywanego kolidującym prawom i wolnościom, pozwalającego określić, realizacja i ograniczenia którego z nich są istotniejsze z punktu widzenia społeczeństwa¹⁹⁹. Jego zdaniem kryterium to może stanowić wspólny mianownik, umożliwiający stworzenie skali porównawczej. Za konsekwencję odniesienia do kryterium społecznych ocen i zysków uznaje on wniosek, iż nie wszystkim prawom da się abstrakcyjnie przypisać jednakową wagę, skoro ocena społeczna może być zależna chociażby od czynników historycznych czy kulturowych²⁰⁰. Jak podnosi, prawo ustanawiające ramy czy warunki dla istnienia lub realizacji innych praw, takie jak prawo do równego traktowania, powinno być uważane za ważniejsze niż te, dla których ramy ustanawia. Dotyczy to również różnych aspektów tego samego prawa i tak np. swobodzie wyrażania poglądów politycznych należy przyznać większą wagę niż w przypadku poglądów o charakterze ekonomicznym. Przy określaniu skali porównania A. Barak postuluje również wzięcie pod uwagę trzech dodatkowych czynników, tj. zakresu

¹⁹⁷ *Ibidem*, s. 652.

¹⁹⁸ V. Luizzi, *Balancing of Interests in Court*, *Jurimetrics Journal*, Vol. 20 (1980), s. 391.

¹⁹⁹ A. Barak, *op. cit.*, s. 8.

²⁰⁰ *Ibidem*, s. 10.

ograniczenia prawa, jego intensywności oraz jego wymiarów. Słusznie bowiem zwraca uwagę, iż na skalę może mieć wpływ chociażby kwestia, czy ograniczenie jednego z konkurujących praw dotyka jego rdzenia (ang. *core*) czy raczej otoczki (ang. *periphery*). Tak pojmowana hierarchizacja praw zdaje się jednak nie wykluczać balansowania, gdyż nie przyznaje ona automatycznego pierwszeństwa pewnym określonym prawom, a jedynie zakłada, iż w procesie ustalania skali porównawczej należałoby im przypisać większą wagę. Przyjęcie tych założeń prowadzi A. Baraka do określenia podstawowej zasady ważenia praw i wolności (ang. *the basic balancing rule*)²⁰¹, którą w odniesieniu do praw podstawowych można by sparafrazować następująco – prawa i wolności prowadzące do ograniczenia innych konkurujących z nimi wartości muszą być ważniejsze (ang. *of greater importance*), pilniejsze (ang. *of greater urgency*) i posiadać większe prawdopodobieństwo materializacji (ang. *a greater probability of materializing*). Zastrzega on zarazem, iż realizacja tak abstrakcyjnie ujętej ogólnej zasady będzie zależna każdorazowo od konkretnego stanu faktycznego.

Jak zauważa B. Major, w kanadyjskiej judykaturze dostrzegalny jest również pogląd, iż jednostką miary służącą umiejscowieniu różnych praw i wolności na jednej skali mogą być efekty, a więc koszty lub szkody (ang. *harms*) i zyski (ang. *benefits*)²⁰² z przyznania jednemu z praw większej wagi, a w związku z tym pierwszeństwa lub szerszego zakresu realizacji i ochrony. Słusznie zwraca jednak ona uwagę, iż oszacowanie strat w przypadku pewnych praw i wolności może być niezwykle trudne, gdyż mogą mieć one charakter nadzwyczaj indywidualny i związany z ludzką tożsamością. Przywołuje ona w tym względzie orzeczenie kanadyjskiego Sądu Najwyższego w sprawie *R v NS*²⁰³, w którym prawo świadka do noszenia stroju zasłaniającego twarz zgodnie z wymogami religii pozostawało w konflikcie z prawem oskarżonych do sprawiedliwego procesu (świadek, którego zeznania stanowiły podstawę oskarżenia, nie chciał zdjąć elementu ubioru zasłaniającego twarz). W przypadku drugiego z nich ewentualne szkody mają charakter dosyć namacalny, gdyż ograniczenie go w jakikolwiek sposób może prowadzić chociażby do niesłusznego skazania i pozbawienia wolności. Tymczasem szkodą czy kosztem w przypadku wolności religijnej jest obraza indywidualnie doświadczanych odczuć religijnych, których nie da się przedstawić w sposób wymierny lub namacalny. Zdaniem B. Major sprawia to, iż częścią argumentacji w procesie

²⁰¹ *Ibidem*, s. 11.

²⁰² B. Major, *Religion and Law in R v NS: Finding Space to Re-Think the Balancing Analysis*, Windsor Yearbook of Access to Justice, Vol. 32 (2015), Issue 1, s. 30.

²⁰³ 2012 SCC 72.

równoważenia praw i wolności powinny stać się społeczne wartości i zobowiązania (ang. *commitments*)²⁰⁴. G. Weber, analizując równoważenie posługujące się rachunkiem zysków i kosztów, podał cztery warunki pełnej współmierności²⁰⁵. Po pierwsze, cele każdego z alternatywnych rozwiązań muszą być właściwie zdefiniowane. Po drugie, koszty mogą być porównane dzięki odwołaniu do jakiejś określonej jednostki wartości (np. pieniędzy). Po trzecie, zyski również mogą zostać wyrażone w sposób czyniący je współmiernymi względem siebie. Po czwarte wreszcie, nie są brane pod uwagę jako istotne różnice pomiędzy alternatywnymi rozwiązaniami inne niż mierzalne koszty, mierzalne zyski oraz pozostałe aspekty ich efektywności jako środków działania.

A. da Silva uważa z kolei, że niewspółmierne wartości stają się współmiernymi w momencie ich konkretyzacji, czyli gdy z poziomu abstrakcyjnego zostają przeniesione na grunt danego pojedynczego przypadku²⁰⁶. M. Klatt i M. Meister stwierdzają z kolei, że nawet jeśli nie da się praw umieścić na wspólnej skali umożliwiającej dokonanie porównania, to dzięki argumentacji odwołującej się do moralności, która powinna stanowić element balansowania, możliwe jest odnalezienie racjonalnych powodów dla przyznania jednemu ze skonfliktowanych praw preferencji²⁰⁷. W związku z problemem niewspółmierności B. van der Sloot proponuje w ogóle odejście od posługiwania się metaforą balansowania i przypisywania poszczególnym prawom i wolnościom określonej wagi²⁰⁸. Jak zauważa, nie mają one bowiem żadnej wymiernej obiektywnej wartości, zyskują natomiast określone znaczenie dopiero w wyniku subiektywnej decyzji osób stosujących prawo. Co więcej, w prawie, w odróżnieniu od nauk przyrodniczych, nie da stworzyć się jakiejś podstawowej jednostki miary (ang. *base unit*), w której można by wyrazić wartości i interesy prawne takie jak prywatność czy bezpieczeństwo. Brak takiej jednostki oznacza, iż wyważaniu w sensie prawnym brakuje najważniejszych cech równoważenia w sensie fizycznym, tj. neutralności i obiektywności. Z tego względu B. van der Sloot proponuje odrzucenie metafory balansowania i uznawania, iż jedno prawo może „wazyć więcej” niż drugie, a zamiast tego postuluje klarowne

²⁰⁴ B. Major, *op. cit.*, s. 33.

²⁰⁵ G. Webber, *op. cit.*, s. 196.

²⁰⁶ J. Costa-Neto, *op. cit.*, s. 165.

²⁰⁷ M. Klatt, M. Meister, *Proportionality – A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10 (2012), Issue 3, s. 697.

²⁰⁸ B. van der Sloot, *op. cit.*, s. 187.

określanie hierarchizacji wartości, tj. np. jasnego wyartykułowania przez podmioty stosujące prawo, że wolność jest ważniejsza niż równość.

Niemożność stworzenia abstrakcyjnej normy analitycznej jest zresztą kolejnym zarzutem ze strony krytyków opisywanej metody, gdyż prowadzi to z jednej strony do braku przewidywalności decyzji sędziowskich, a z drugiej strony powoduje, iż przy przypisywaniu skonfliktowanym prawom i wolnościom określonej wagi bardzo dużą rolę mogą odegrać subiektywne odczucia osób stosujących prawo. D. Faigman zwraca uwagę na swoisty paradoks w tym względzie – z jednej strony zauważalne jest dążenie do uczynienia równoważenia procesem jak najbardziej obiektywnym, podczas gdy pozostawia ona sędziom niezwykle szeroki margines dowolności w umieszczaniu konkurujących wartości na skali²⁰⁹. Tymczasem, jak podnosi, balansowanie miało stanowić odpowiedź na zbyt sztywne ramy podejście formalistycznego, w związku z czym wymaganie jak największej precyzji od pierwszej z tych metod zdaje się niewłaściwe. Jak zauważają A. Stone Sweet i J. Mathews, ważenie praw i wolności może być zależne od tak wielu czynników faktycznych, że nawet gdy w różnych sprawach konflikt będzie występował między tymi samymi prawami lub wolnościami, mogą one zostać rozstrzygnięte w różny sposób²¹⁰. Oznacza to, iż metoda analizy proporcjonalnej odrzuca możliwość stworzenia jakiegokolwiek modelu umożliwiającego dokonania prostej subsumpcji, wymagając za to przeprowadzenia każdorazowo szczegółowej analizy. To z kolei prowadzi krytyków do sformułowania zarzutu, iż metoda ta przyznaje zbyt wielką swobodę sędziom odpowiedzialnym za rozstrzyganie sporów między skonfliktowanymi prawami.

Jednocześnie jednak w literaturze przedmiotu pojawia się zarzut związany z nadmierną technicznością metody proporcjonalnej. G. Webber podnosi, że zmierza ona do odpolitycznienia praw i wolności poprzez wyeliminowanie moralnych czy politycznych elementów rozważań nad ich ograniczaniem, oferując w zamian techniczne procesy przypisywania im odpowiedniej wagi, a następnie balansowania²¹¹. Tymczasem już sam proces identyfikacji ważnych interesów czy wartości rezonujących w sytuacji konfliktu między prawami i wolnościami związany jest niewątpliwie z moralnymi i politycznymi zapatrywaniami osoby dokonującej wspomianej identyfikacji. Jak się zdaje, odpowiedź na te zarzuty mogłoby stanowić przyjęcie opisanego wyżej względnego znaczenia społecznego jako

²⁰⁹ D. Faigman, *op. cit.*, s. 648.

²¹⁰ A. Stone Sweet, J. Mathews, *op. cit.*, s. 88.

²¹¹ G. Webber, *op. cit.*, s. 191.

wspólnej wartości praw znajdujących się w sytuacji konfliktu. Odwołanie do społecznych ocen i systemów wartości zdaje się obiektywizować proces balansowania poprzez przyjęcie szerszego spektrum moralnego niż tylko osoby rozpatrującej dany konflikt. W odniesieniu do zakazu dyskryminacji w prawie UE można jednak dostrzec dwa poważne problemy w tym zakresie. Po pierwsze, z uwagi na różnorodność społeczną, kulturową i historyczną państw członkowskich stworzenie względnie jednolitego odniesienia społecznego zdaje się niemożliwe. Czynniki warunkujące oceny społeczne są na tyle różnorodne, iż mieszkańcy poszczególnych państw mogą w odmienny sposób przypisywać wagę konkurującym prawom, np. wolności religijnej i prawu do równego traktowania. Po drugie, zróżnicowane jest również podejście do nierównego traktowania różnych grup społecznych. Tymczasem społeczne tendencja do przypisywania większej wartości innym prawom niż prawu do równego traktowania mogłoby to drugie pozbawić praktycznego wymiaru. Znacznie bardziej uniwersalna wydaje się w związku z tym analiza zysków i kosztów, aczkolwiek jej główną wadą jest podnoszona już przez B. Major niewspółmierność tych wartości w odniesieniu do różnych kategorii praw i wolności. To z kolei może prowadzić do tego, że o tym, który zyski lub straty zostaną uznane za większe czy ważniejsze w danej sytuacji będą decydowały subiektywne odczucia osoby stosującej prawo.

W związku z wyżej zaprezentowaną krytyką równoważenia praw i wolności pojawia się pytanie, czy możliwa jest taka interpretacja proporcjonalności, która rozwiałaby te wątpliwości. F. Urbina zauważa, iż w odpowiedzi na nią podjęto w literaturze przedmiotu próbę zredefiniowania balansowania, proponując odejście do pojmowania go jako procesu ważenia interesów, preferencji czy wartości oraz wybrania rozwiązania zapewniającego niektórym z nich możliwość realizacji w większym stopniu²¹². Jego zdaniem tradycyjnie rozumienie proporcjonalności analizowane z perspektywy moralnej opiera się na skali zysków i strat tj. założeniu, iż konkurujące prawa i wolności pozostają w konflikcie, którego rozwiązanie wymaga odniesienia zagrożonego prawa do tego mu przeciwnego i zbadania, czy strata jednej ze stron będzie zrekompensowana pewnego rodzaju korzyścią drugiej z nich²¹³. Zasadniczym poglądem leżącym u podstaw tego rozumienia proporcjonalności jest przekonanie, że należy wybrać rozwiązanie zapewniające jak najszerszą możliwość realizacji praw i wolności – balansowanie jest zatem rozumiane jako próba ich

²¹² F. Urbina, *Is it Really That Easy? A Critique of Proportionality and 'Balancing as Reasoning'*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 27 (2014), No 1, s. 168.

²¹³ *Ibidem*, s. 172.

„maksymalizacji” (ang. *maximization account of proportionality*). Krytykę tego podejścia do proporcjonalności można jednak oprzeć chociażby na zarzucie niewspółmierności, tj. założeniu, że prawa i wolności będące w sytuacji konfliktu nie posiadają wspólnych wartości umożliwiających oszacowanie, które z rozwiązań przyniosłoby więcej korzyści.

Zamiast tego balansowanie można zatem postrzegać jako oszacowanie powodów czy podstaw (ang. *assessment of reasons*), tj. określenie argumentów przemawiających za oraz tych przemawiających przeciw jakiejś decyzji, a następnie znalezienie rozwiązania będącego wynikiem porównania argumentów. Takie bardziej techniczne rozumienie proporcjonalności F. Urbina określa mianem balansowania jako argumentacji (ang. *balancing as reasoning*). W tym ujęciu proporcjonalność nie narzuca jakiegokolwiek merytorycznego testu umożliwiającego rozwiązanie konfliktu, pozwalając na nieskrępowane moralne rozumowanie (ang. *open-ended moral reasoning*). F. Urbina zwraca jednak uwagę, że tak rozumiana proporcjonalność nadal jednak naraża się na krytykę związaną z nadmierną swobodą sędziowską i brakiem pewności co do wyniku balansowania. To prowadzi go do uznania, iż każde z zaprezentowanych przez niego rozumień proporcjonalności z jednej strony odpowiada na przedstawioną wcześniej krytykę, nie będąc jednak jednocześnie w stanie odpowiedzieć na wszystkie zarzuty. Nie jest tymczasem możliwe stworzenie modelu zezwalającego na nieskrępowane moralne rozumowanie (balansowanie jako argumentacja), dostarczającego jednocześnie wystarczających wskazówek co do rozwiązania konfliktu (balansowanie jako maksymalizacja)²¹⁴. Odpowiedzią F. Urbina na ten problem jest propozycja obniżenia oczekiwań wobec proporcjonalności. Twierdzi on bowiem, że być może nie należy oczekiwać od jednego modelu rozumowania, by był w stanie dostarczyć rozwiązań wszelkich możliwych konfliktów między prawami i wolnościami.

L. B. Tremblay prezentuje z kolei dwie koncepcje proporcjonalności, tj. model pierwszeństwa praw (ang. *the priority of rights model*) oraz model optymalizacji (ang. *the model of optimization of values in conflict*). Pierwszy z nich opiera się na założeniu, że między prawami istnieje pewien porządek pierwszeństwa (np. leksykalny) i tak niektórym z nich można przypisać większą wagę niż innym (np. prawo do życia będzie zawsze ważniejsze niż prawo do swobodnej wypowiedzi)²¹⁵. W tym modelu L. B. Tremblay przyjmuje, że zakres

²¹⁴ F. Urbina, “Balancing as reasoning” and the problems of legally unaided adjudication: A reply to Kai Möller, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12 (2014), No 1, s. 217.

²¹⁵ L. B. Tremblay, *An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12 (2014), Issue 4, s. 866.

balansowania zależny jest od stopnia absolutnego charakteru praw i wolności. Jeśli są one absolutne, to nie mogą zostać ograniczone lub uchylone w jakimkolwiek stopniu (prawa posiadające nienaruszalny rdzeń są absolutne w jego obrębie). Jeśli są one quasi-absolutne, nie mogą zostać ograniczone lub uchylone, chyba że ich poszanowanie doprowadziłoby do szczególnych negatywnych skutków. Prawa pozbawione charakteru absolutnego nie mogą być ograniczone lub uchylone, chyba że ze względu na pewne specjalne konkurujące z nimi wartości ważące tyle samo co one, takie jak prawa innych jednostek, bezpieczeństwo, zdrowie publiczne czy porządek publiczny. Z uwagi na to zróżnicowanie model pierwszeństwa praw wymaga ustalenia zarówno istnienia jądra i otoczki praw, jak i określenia ich abstrakcyjnej wagi umożliwiającej określenie stopnia ich absolutności.

Możliwe jest również ujęcie proporcjonalności jako optymalizacji. Jak wyjaśnia K. Möller, w modelu tym przyjmuje się, iż w sytuacji konfliktu należy ustalić, w jakim zakresie każde z konkurujących praw może „przetrwąć” konflikt w taki sposób, by mogło być zrealizowane w możliwie największym stopniu, skoro oba nie mogą podlegać maksymalizacji²¹⁶. L. B. Tremblay wychodzi z kolei z założenia, iż optymalizacja zakłada brak jakiegokolwiek hierarchii między prawami i skonfliktowanymi z nimi wartościami, co oznacza, iż w sytuacji napięcia każde z nich musi zostać zoptymalizowane przy wzięciu pod uwagę wszystkich elementów kontekstu danej sprawy²¹⁷. Optymalizacja odrzuca zatem według niego nie tylko istnienie pierwszeństwa pewnych praw, ale co za tym idzie, również stopniowalnego absolutnego charakteru praw, a także ich jądra i otoczki. Zdaniem L. B. Tremblaya proporcjonalność jako optymalizacja jest odporna na zarzut niewspółmierności, gdyż nie stawia ona wymogu współmierności²¹⁸. Jak podnosi, w tym ujęciu nie porównuje się abstrakcyjnej wagi konkurujących wartości, nie szuka rzeczowej podstawy dla uznania, że któreś z nich jest ważniejsze niż inne, a nawet nie zakłada, iż mają one równą wagę *in abstracto*. Model optymalizacyjny postuluje jedynie ich równy abstrakcyjny status.

J. McGill zwraca uwagę, iż w kanadyjskiej judykaturze dostrzegalna jest również inna metoda rozwiązywania konfliktów, tj. wyrównywanie lub godzenie ze sobą

²¹⁶ K. Möller, *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 5 (2007), Issue 4, s. 459.

²¹⁷ L. B. Tremblay, *op. cit.*, s. 868.

²¹⁸ *Ibidem*, s. 886.

skonfliktowanych praw i wolności (ang. *reconciling*)²¹⁹. W odróżnieniu od balansowania, przypisującego im wagę i determinującego na tej podstawie, które z nich przeważa nad drugim, godzenie ze sobą praw i wolności zmierza do ich zharmonizowania bez przypisywania jednemu z nich większej wartości czy przyznawaniu mu pierwszeństwa. Jednocześnie jednak J. McGill słusznie zauważa, iż autonomiczny charakter godzenia jako metody odrębnej względem balansowania budzi wątpliwości, gdyż obie dążą w istocie do osiągnięcia wspólnego celu jakim jest odnalezienie niehierarchicznego i kontekstualnie specyficznego kompromisu umożliwiającego jak najpełniejszą realizację obu praw lub wolności w okolicznościach faktycznych danej sprawy. Analizując orzecznictwo kanadyjskiego Sądu Najwyższego, J. McGill przywołuje cztery podstawowe zasady i założenia rozwiązywania konfliktów poprzez ich godzenie. Po pierwsze, należy odrzucić istnienie hierarchii praw (aczkolwiek założenie to zdaje się nie mieć charakteru uniwersalnego, gdyż kwestia hierarchizacji praw może być specyficzna dla każdego systemu prawnego). Po drugie, należy odrzucić pogląd przyznający prawom i wolnościom charakter absolutny, gdyż każde z nich jest ograniczone przez prawa i wolności innych jednostek. Po trzecie, należy wziąć pod uwagę pełen kontekst każdego poszczególnego przypadku, co znaczy, iż konfliktów nie można rozpatrywać *in abstracto*. Po czwarte wreszcie, w procesie godzenia należy brać pod uwagę dotkliwość ingerencji w każde z praw lub wolności poprzez odwołanie do ich rdzenia i otoczki – zagrożone wartości związane z rdzeniem mogą uzyskać pierwszeństwo przed wartościami wynikającymi z otoczki.

2.2.2. Metoda analizy proporcjonalnej w praktyce orzecniczej TSUE

Chociaż TSUE nie rozstrzygał jeszcze w sprawie konfliktu między prawami usługodawców i usługodawców, to jak zauważa E. Engle, analiza proporcjonalna jako metoda rozwiązywania sporów między prawami jednostek znana jest TSUE w sprawach, w których występuje zderzenie swobód rynku wewnętrznego z prawami podstawowymi²²⁰. Wskazuje on w tym względzie na wyrok TSUE w sprawie *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union p. Viking Line ABP i OÜ Viking Line Eesti* (dalej jako *Viking*)²²¹ stanowiący przejaw balansowania właśnie za pomocą tej metody, a dotyczący

²¹⁹ J. McGill, *Now It's My Rights versus Yours: Equality in Tension with Religious Freedoms*, Alberta Law Review, vol. 53 (2016), No 3, s. 587.

²²⁰ E. Engle, *The Rights Orchestra: Proportionality, Balancing, and Viking*, New England Journal of International and Comparative Law, Vol. 17 (2011), s. 89.

²²¹ Wyrok TSUE z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Semen's Union p. Viking Line ABP i OÜ Viking Line Eesti*, ECLI:EU:C:2007:772.

konfliktu między swobodą przedsiębiorczości a prawem pracowników do strajku. Fińska spółka Viking będąca przewoźnikiem zapewniającym połączenia promowe między Finlandią a Estonią postanowiła zarejestrować statek pływający do tej pory pod banderą fińską w Estonii lub Norwegii z uwagi na rachunek ekonomiczny. Fiński związek zawodowy pracowników morskich FSU, należący do międzynarodowej federacji związków zawodowych pracowników sektora transportu ITF, zwrócił się do ITF o rozpowszechnienie wśród członkowskich związków zawodowych informacji o zamiarze spółki celem zawezwania ich do nieprowadzenia negocjacji ze spółką w kwestii zawarcia układów zbiorowych w przypadku, gdyby zdecydowała się ona na zarejestrowanie statku pod banderą kraju, w którym związki te działają. Zdaniem spółki działania podejmowane przez FSU, a w szczególności doprowadzenie do wydania przez ITF okólnika zawierającego polecenie nieprowadzenia z nią negocjacji, stanowiły nieuzasadnione ograniczenie przysługującej jej swobody przedsiębiorczości.

Należy zwrócić uwagę, że wątek balansowania między tymi wartościami w kontekście zasady proporcjonalności pojawia się już w pytaniach sądu odsyłającego, m.in. w pytaniu ósmym – „Czy stosowanie przez zrzeszenia związków zawodowych polityki, zgodnie z którą statek powinien być zarejestrowany w państwie, w którym faktycznie czerpane są z niego korzyści i w którym sprawowana jest nad nim rzeczywista kontrola, tak by związki zawodowe takiego państwa miały prawo do zawarcia układu zbiorowego pracy dotyczącego tego statku, prowadzi do osiągnięcia równowagi między podstawowym prawem socjalnym, jakim jest prawo do podejmowania akcji zbiorowych, a swobodą przedsiębiorczości i swobodą świadczenia usług i czy jest ono obiektywnie uzasadnione, właściwe, proporcjonalne i w zgodzie z zasadą wzajemnego uznawania?”²²². Warto przytoczyć kilka fragmentów uzasadnienia wyroku dla odtworzenia toku rozumowania TSUE i prześledzenia, jak zastosował on metodę analizy proporcjonalnej celem rozwiązania sporu między konkurującymi prawami.

W pierwszej kolejności TSUE określił, że sporem między jakimi kategoriami wartości ma do czynienia. Stwierdził on, że „prawo do prowadzenia działania zbiorowego, obejmujące prawo do strajku, powinno być (...) uznane za prawo podstawowe stanowiące integralną część ogólnych zasad prawa wspólnotowego”, uznając zarazem, że „jego wykonywanie może podlegać pewnym ograniczeniom”²²³. Jednocześnie podniósł, odwołując się do swojego dotychczasowego orzecznictwa, że „ochrona praw podstawowych stanowi

²²² *Ibidem*, pkt 27.

²²³ *Ibidem*, pkt 44.

słuszny interes mogący uzasadniać ograniczenia zobowiązań nałożonych przez prawo wspólnotowe, nawet w ramach podstawowej swobody gwarantowanej przez traktat, takiej jak swoboda przepływu towarów (...) lub swobodne świadczenie usług”²²⁴. Następnie zidentyfikował, na czym polega konflikt między prawami, uznając, iż korzystanie w omawianej sprawie przez związki zawodowe z prawa do prowadzenia działania zbiorowego w wybranej przez nich formie stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości – „działanie zbiorowe podejmowane w celu wdrożenia prowadzonej przez ITF polityki zapobiegania tanim banderom (...) należy uznać co najmniej za mające charakter ograniczenia w korzystaniu przez Vikinga z prawa do swobodnego prowadzenia działalności gospodarczej”²²⁵.

Po zidentyfikowaniu konkurujących praw i określeniu ram ich konfliktu, TSUE przystąpił do zastosowania metody analizy proporcjonalnej, stwierdzając, iż „ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej jest dopuszczalne jedynie dla osiągnięcia słusznego celu zgodnego z traktatem lub jest ono uzasadnione nadrzędnym względem interesu ogólnego” oraz że „ograniczenie (...) musi być ponadto odpowiednie dla zapewnienia realizacji tego celu i nie może wykraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia”²²⁶. Badając, czy ograniczenia są w tym przypadku uzasadnione, TSUE zauważył, że „prawo do prowadzenia akcji zbiorowej, która ma na celu ochronę pracowników, stanowi słuszny interes mogący zasadniczo uzasadniać ograniczenie swobód podstawowych gwarantowanych przez traktat (...) [gdyż] ochrona pracowników wymieniana jest wśród nadrzędnych względów interesu ogólnego uznanych już przez Trybunał”²²⁷, a także, iż „Wspólnota ma (...) na celu nie tylko rozwój gospodarczy, lecz również społeczny”, w związku z czym „prawa wynikające z przepisów traktatowych dotyczących swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału powinny być zrównoważone z celami polityki społecznej, wśród których znajdują się między innymi (...) poprawa warunków życia i pracy, tak aby umożliwić ich wyrównywanie z jednoczesnym zachowaniem postępu, odpowiednią ochronę socjalną i dialog między partnerami społecznymi”²²⁸. Ta argumentacja doprowadziło do uznania przez TSUE, że o ile ostateczna ocena należy do sądu krajowego, to „można by na pierwszy rzut oka racjonalnie uznać, że takie

²²⁴ *Ibidem*, pkt 45.

²²⁵ *Ibidem*, pkt 72.

²²⁶ *Ibidem*, pkt 75.

²²⁷ *Ibidem*, pkt 77.

²²⁸ *Ibidem*, pkt 79.

działanie mające na celu ochronę stanowisk pracy i warunków pracy (...) wchodzi w zakres ochrony pracowników”²²⁹, a zatem może zostać uznane za uzasadnione.

Następnie Trybunał przystąpił do kolejnego etapu testu proporcjonalności, tj. zbadania kwestii doboru środka odpowiedniego dla zapewnienia realizacji przyjętego celu. W tym względzie Trybunał podniósł, że „bezsporne jest, iż działania zbiorowe, podobnie jak rokowania zbiorowe i układy zbiorowe, mogą stanowić w szczególnych okolicznościach sprawy jeden z głównych środków związków zawodowych dla ochrony interesów ich członków”²³⁰. W dalszej kolejności TSUE rozważył trzeci element testu proporcjonalności, tj. kwestię konieczności zastosowanego środka (wybór środka mniej restrykcyjnego), polecając sądowi odsyłającemu „zbadanie między innymi, czy na podstawie prawa krajowego i porozumień zbiorowych mających zastosowanie do tego działania, FSU nie dysponował innymi środkami, mniej ograniczającymi swobodę przedsiębiorczości, aby doprowadzić do rokowań zbiorowych z Vikingiem oraz czy związek zawodowy wykorzystał te środki przed podjęciem takiego działania”²³¹. TSUE nie zastosował ostatniego elementu metody proporcjonalnej, tj. analizy proporcjonalnej *sensu stricto*, gdyż ustanowienie balansu między konkurującymi prawami jest oczywiście zadaniem sądu krajowego wyłącznie właściwego do oceny stanu faktycznego, czyli elementu bez którego, jak podnoszono już wyżej, nie jest możliwe przeprowadzenie balansowania.

Podobną metodologię TSUE zastosował w wyroku w sprawie *Laval un Partneri Ltd p. Svenska Byggnadsarbetareförbundet i in.* (dalej jako *Laval*)²³² dotyczącej delegowania przez łotewską spółkę do Szwecji pracowników z sektora budownictwa. Spółka była stroną układu zbiorowego z łotewskim związkiem zawodowym i negocjowała z właściwymi szwedzkimi związkami przystąpienie do układu z nimi. Negocjacje dotyczące wynagrodzeń zakończyły się niepowodzeniem, w związku z czym szwedzkie związki podjęły akcję protestacyjną w postaci blokady budowy. Inne organizacje związkowe ogłosiły z czasem akcję solidarnościową uniemożliwiającą spółce prowadzenie działalności, w związku z czym wniosła ona do szwedzkiego sądu wniosek o stwierdzenie niezgodności z prawem działań

²²⁹ *Ibidem*, pkt 81.

²³⁰ *Ibidem*, pkt 86.

²³¹ *Ibidem*, pkt 87.

²³² Wyrok TSUE z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05, *Laval un Partneri Ltd p. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809.

podejmowanych przez związki zawodowe oraz o zasądzenie odszkodowania. W tym przypadku również pojawiła się zatem kwestia konfliktu między swobodą przedsiębiorczości a prawem do akcji zbiorowej, aczkolwiek sąd odsyłający, w przeciwieństwie do sprawy *Viking*, nie zauważył w swoich pytaniach prejudycjalnych kwestii balansowania między nimi, zmierając raczej do ustalenia zgodności „próby zmuszenia przez organizacje związkowe, za pomocą akcji protestacyjnej w postaci blokady, zagranicznego usługodawcy do zawarcia w państwie przyjmującym układu zbiorowego w zakresie warunków pracy i zatrudnienia” z „zasadami traktatu WE dotyczącymi swobody świadczenia usług i zakazu wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową”²³³.

Przywołując zastosowaną już w wyroku w sprawie *Viking* argumentację, TSUE uznał, iż „ochrona praw podstawowych stanowi słuszny interes mogący uzasadnić co do zasady ograniczenia zobowiązań nałożonych przez prawo wspólnotowe, nawet w ramach podstawowej swobody gwarantowanej przez traktat”²³⁴ oraz że „prawo organizacji związkowych jednego z państwa członkowskiego do prowadzenia działań zbiorowych, przez które przedsiębiorstwa mające siedzibę w innych państwach członkowskich mogą zostać zmuszone do przystąpienia do układu zbiorowego (...) może sprawiać, że wykonywanie przez te przedsiębiorstwa robót budowlanych na terytorium szwedzkim stanie się mniej atrakcyjne, a nawet trudniejsze i z tego względu stanowi ograniczenie swobodnego świadczenia usług”²³⁵. Po zidentyfikowaniu konfliktu pomiędzy prawem podstawowym a swobodą rynku wewnętrznego stanowiącą jedną z podstawowych zasad UE (wówczas jeszcze Wspólnoty) TSUE zastosował metodę analizy proporcjonalnej, uznając, iż „ograniczenie tej swobody może być dopuszczalne jedynie dla osiągnięcia słusznego celu zgodnego z traktatem i jeżeli jest uzasadnione nadrzędnymi wymogami interesu publicznego, jednakże tylko pod warunkiem, że jest właściwe do realizacji celu, któremu służy i nie wykracza poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia”²³⁶.

W pierwszym etapie TSUE uznał, iż „prawo do prowadzenia akcji zbiorowych mających na celu ochronę pracowników przyjmującego państwa skierowanych przeciwko ewentualnym praktykom dumpingu socjalnego może stanowić nadrzędny wzgląd interesu ogólnego, w rozumieniu orzecznictwa Trybunału, mogący co do zasady uzasadniać

²³³ *Ibidem*, pkt 40.

²³⁴ *Ibidem*, pkt 93.

²³⁵ *Ibidem*, pkt 99.

²³⁶ *Ibidem*, pkt 101.

ograniczenie jednej ze swobód podstawowych gwarantowanych przez traktat”²³⁷. Następnie stwierdził, że „zasadniczo blokada rozpoczęta przez organizacje związkowe przyjmującego państwa członkowskiego, mająca na celu zagwarantowanie pracownikom delegowanym w ramach transgranicznego świadczenia usług warunków pracy i zatrudnienia ustalonych na pewnym poziomie mieści się w zakresie celu, jakim jest ochrona pracowników”²³⁸. Jednakże w omawianej sprawie, w przeciwieństwie do orzeczenia w sprawie *Viking*, rozstrzygnięcie konfliktu między konkurującymi wartościami nastąpiło już na etapie uzasadnienia działania w świetle przyjętego celu z uwagi na kwestię przepisów dyrektywy 96/71WE Parlamentu i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług²³⁹ oraz faktu, iż w prawie szwedzkim kwestia ustalania wynagrodzenia, w tym płacy minimalnej, zastrzeżona była dla układów zbiorowych negocjowanych ze związkami zawodowymi. Trybunał stwierdził, że „akcje zbiorowe, takie jak w sprawie przed sądem krajowym, nie mogą być uzasadnione w świetle celu interesu ogólnego pracowników (...) skoro obowiązek negocjacji w zakresie wynagrodzeń, jakie organizacje związkowe zamierzają nałożyć poprzez działanie zbiorowe na przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim, wpisuje się w kontekst krajowy, którego cechą jest brak przepisów jakiegokolwiek rodzaju, które byłyby wystarczająco precyzyjne i dostępne, tak aby w praktyce nie uniemożliwić lub nadmiernie utrudnić ustalenia, jakie obowiązki powinno przestrzegać takie przedsiębiorstwo w zakresie płacy minimalnej”²⁴⁰.

W kontekście balansowania między skonfliktowanymi wartościami w orzecznictwie TSUE warto również zwrócić uwagę na orzeczenie w sprawie *Schmidberger*²⁴¹, które co prawda dotyczyło relacji między skarżącym a organami publicznymi a nie między podmiotami prywatnymi, ale które również pozwala przeanalizować metodologię TSUE w rozwiązywaniu konfliktów. Sprawa dotyczyła napięcia pomiędzy wolnością zgromadzeń i wyrażania opinii a swobodą przepływu towarów. Stowarzyszenie zajmujące się ochroną środowiska zorganizowało zgodnie z prawem austriackim manifestację, której efektem

²³⁷ *Ibidem*, pkt 103.

²³⁸ *Ibidem*, pkt 107.

²³⁹ OJ L 18, 21.1.1997 p.1-6.

²⁴⁰ Wyrok TSUE z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05, *Laval un Partneri Ltd p. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809, pkt 110.

²⁴¹ Wyrok TSUE z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00, *E. Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge p. Republice Austrii*, ECLI:EU:2003:333.

była całkowita blokada ruchu na autostradzie stanowiącej jedyne połączenie tranzytowe pomiędzy Niemcami i Włochami. Niemiecka spółka Schmidberger, zajmująca się transportem drewna właśnie z Niemiec do Włoch, wniosła o zasądzenie odszkodowania od państwa austriackiego, gdyż z uwagi na demonstrację oraz ograniczenia w ruchu samochodów ciężarowych na terenie Austrii w weekendy i dni świąteczne przez cztery następujące po sobie dni nie mogła wykonywać działalności, co jej zdaniem stanowiło przeszkodę w swobodnym przepływie towarów. Sąd odsyłający dążył do ustalenia m.in. „czy zasadę swobodnego przepływu towarów (...) należy interpretować w ten sposób, że państwo członkowskie jest zobowiązane, w sposób bezwzględny lub w zakresie w jakim jest to możliwe i rozsądne, utrzymywać ważne trasy tranzytowe w stanie wolnym od jakichkolwiek ograniczeń i przeszkód, w tym również w ten sposób, że nie powinna zostać wyrażona zgoda na zgromadzenie o charakterze politycznym ogłoszone jako mające się odbyć na trasie tranzytowej lub przynajmniej to zgromadzenie powinno zostać następnie rozwiązane, o ile lub począwszy od momentu, gdy mogło się ono odbyć poza trasą tranzytową, mając porównywalny wpływ na opinię publiczną”, a także „czy cel zgromadzenia o charakterze politycznym, na które władze krajowe wyraziły zgodę, polegający na pracy nad tworzeniem czystego środowiska naturalnego i zwróceniu uwagi na ryzyko negatywnego wpływu stałego wzrostu tranzytu samochodów ciężarowych na stan zdrowia społeczeństwa, przeważa nad postanowieniami prawa wspólnotowego w zakresie swobodnego przepływu towarów”²⁴². W tym wypadku zastosowanie omawianej metody doprowadziło zatem TSUE do przyznania większej wagi swobodzie rynku wewnętrznego.

Podobnie jak w wyżej przywoływanych orzeczeniach TSUE zaczął od zidentyfikowania konfliktu, stwierdzając, że rzeczona blokada „ma charakter ograniczający wewnątrzspółnotowy handel towarami i w konsekwencji musi zostać uznana za środek o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych”²⁴³. To w tym orzeczeniu Trybunał uznał powtarzany następnie w orzeczeniach *Viking* i *Laval* pogląd, iż przestrzeganie praw podstawowych stanowi uzasadniony interes usprawiedliwiający co do zasady ograniczenie obowiązków nałożonych prawem wspólnotowym, również na mocy jednej z podstawowych swobód takiej jak swoboda przepływu towaru²⁴⁴. Z drugiej jednak strony zauważył, że swoboda wypowiedzi i wolność zgromadzeń również mogą podlegać „ograniczeniom uzasadnionym

²⁴² *Ibidem*, pkt 25.

²⁴³ *Ibidem*, pkt 64.

²⁴⁴ *Ibidem*, pkt 74.

względami interesu ogólnego, o ile odstępstwa te są przewidziane prawem, zainspirowane jednym celem bądź wieloma celami uzasadnionymi w świetle tych przepisów i niezbędne z punktu widzenia demokratycznego społeczeństwa, to jest usprawiedliwione nadrzędną potrzebą społeczną i w szczególności proporcjonalne wobec uzasadnionego celu, który realizują”²⁴⁵. Co więcej, odwołał się do przywoływanej wyżej koncepcji jądra i otoczki prawa, stwierdzając, iż „prawo do swobody wypowiedzi i pokojowego zgromadzenia się (...) nie stanowią prerogatyw o charakterze absolutnym i powinny być oceniane w świetle ich funkcji społecznej”, w związku z czym „wykonywanie tych praw może być (...) przedmiotem ograniczeń w zakresie, w jakim ograniczenia te są rzeczywiście podyktowane względami interesu ogólnego i nie stanowią dysproporcjonalnej i niedopuszczalnej ingerencji naruszającej istotę chronionych praw, przy uwzględnieniu celu realizowanego przez te ograniczenia”²⁴⁶. Co ważne, w omawianym wyroku TSUE wprost odwołuje się do idei balansowania – „w tych okolicznościach należy wyważyć powyżej wskazane interesy i stwierdzić, w świetle ogółu okoliczności sprawy, czy zachowano właściwą równowagę między nimi”²⁴⁷; „o ile właściwe władze krajowe, w zakresie w jakim jest to możliwe, powinny podjąć działania w celu ograniczenia wpływu manifestacji odbywającej się na drodze publicznej na swobodny przepływ, to zobowiązane są one także do dokonania wyważenia tego interesu i interesu manifestantów pragnących zwrócić uwagę opinii publicznej na cele swoich działań”²⁴⁸.

Wyżej omówione sprawy pozwalają na zrekonstruowanie metodologii TSUE w zakresie rozwiązywania konfliktów między konkurującymi prawami za pomocą metody analizy proporcjonalnej. W pierwszej kolejności analizuje on sytuację, badając, jakich wartości, praw czy wolności dotyczy spór, a następnie określa ich zakres, umiejscawiając je również w systemie prawa krajowego, unijnego i międzynarodowego. W dalszej kolejności identyfikuje on, na czym dokładnie polega spór, określając w ten sposób zakres wzajemnego oddziaływania na siebie skonfliktowanych praw. Po tak dokładnym zmapowaniu problemu TSUE przystępuje do przeprowadzenia analizy proporcjonalnej, z tym że jej ostatni element, tj. balansowanie *sensu stricto*, pozostawia sądom krajowym, co zdaje się oczywiste, jeśli weźmie się pod uwagę, iż to one mają większą wiedzę nie tylko co do faktów, ale również co do kontekstu społecznego sprawy. Wyżej dokonana analiza prowadzi do wniosku, że w przypadku sporów między

²⁴⁵ *Ibidem*, pkt 79.

²⁴⁶ *Ibidem*, pkt 80.

²⁴⁷ *Ibidem*, pkt 81.

²⁴⁸ *Ibidem*, pkt 90.

prawami podstawowymi usługodawców i usługobiorców należy przyjąć taką samą metodologię ich rozwiązywania.

2.2.3. Metoda analizy proporcjonalnej a inne metody rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi

Metoda analizy proporcjonalnej wydaje się najszerzej opisywaną i stosowaną metodą rozwiązywania konfliktów między prawami możliwą do zastosowania w przypadków sporów między jednostkami, ale oczywiście nie jest jedyną. W tym kontekście należy przede wszystkim wspomnieć o metodzie hierarchicznej oraz o kategoryzacji. Pierwsza z nich, przywoływana już wyżej przy okazji rozważań dotyczących zarzutów formułowanych pod adresem balansowania, polega oczywiście na ustaleniu hierarchii między prawami, tj. określeniu, które z nich są ważniejsze od innych, tak aby możliwe było na tej podstawie rozstrzygnięcie konfliktu między nimi. Hierarchizacja w swoim formalistycznym rozumieniu jest jednak obarczona istotnymi wadami powodującymi konieczność odrzucenia jej jako metody rozwiązywania konfliktów między prawami. Przede wszystkim, jakkolwiek pozwala ona na rozstrzygnięcie sporu między wartościami oczywiście nierównomiernymi, takimi jak np. prawo do życia lub wolność od tortur w konflikcie z prawami socjalnymi, to pozbawiona aspektu balansowania zdaje się nie dostarczać narzędzi umożliwiających rozstrzygnięcie sporu między prawami lub wolnościami zajmującymi, przynajmniej *prima facie*, podobne miejsce w hierarchii (np. poszczególne prawa socjalne). W takim przypadku konieczne byłoby ustalenie szczegółowej hierarchii, co mogłoby się okazać niemożliwe w ujęciu abstrakcyjnym. Z kolei określenie jej wyłącznie na potrzeby danego przypadku zdawałoby się przeczyć istocie omawianej metody, gdyż prowadziłoby do relatywizacji praw i wolności oraz dawało organom stosującym prawo dużą swobodę, skoro musiałyby one rozpatrzeć różne czynniki determinujące miejsce w hierarchii i w istocie przypisać skonfliktowanym wartościom określoną wagę, zupełnie jak w procesie balansowania. Poza tym, jako metoda formalna, hierarchizacja zapewnia większą pewność w stosowaniu prawa, ale jednocześnie pozbawiona jest elastyczności pozwalającej na uwzględnienie szczególnych okoliczności konkretnych przypadków mogących w danych okolicznościach wpływać na różną ocenę konfliktów między tymi samymi wartościami.

Możliwe natomiast, a nawet pożądane, jest przyjęcie pewnych elementów tej metody w ramach balansowania. Nie da się bowiem ukryć, iż nie wszystkim prawom i wolnościom ujętym w KPP można przypisać równą wagę, gdyż występuje między nimi relacja pewnej hierarchiczności. Z pewnością prawom określonym w tytule pierwszym KPP,

tj. nienaruszalności godności człowieka, prawu do życia, prawu do integralności, zakazowi tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania oraz zakazowi niewolnictwa i pracy przymusowej, należałoby w każdym przypadku przypisywać większą wagę niż pozostałym prawom, gdyż mają one charakter absolutny. Oznacza to, że nie jest możliwe takie ograniczenie, które w istocie nie prowadziłoby do ich zniweczenia, ponieważ nie są one stopniowalne. Nie składają się zatem z rdzenia i otoczki, lecz w istocie zbudowane są wyłącznie z tego pierwszego elementu. Ten absolutny charakter uzasadnia ich szczególne miejsce w systemie praw podstawowych. Nie ma natomiast wystarczających podstaw do uznania, że inne prawa zajmują w tej hierarchii miejsce podobnie szczególne, tak jak czynią to np. wolność słowa, pracy, zrzeszania się oraz religii w amerykańskim porządku prawnym²⁴⁹.

K. Sullivan za najbardziej rozpowszechnioną w piśmiennictwie metodę konkurencyjną wobec balansowania uznaje kategoryzację, polegającą na zaklasyfikowaniu skonfliktowanych wartości do ustalonych kategorii (w odniesieniu do relacji między jednostkami a państwem chodzi o odpowiednie zakwalifikowanie naruszonego prawa oraz sposobu jego ograniczenia przez państwo) i uzyskaniu w ten sposób rozwiązania konfliktu²⁵⁰. Różnica między kategoryzacją a balansowaniem polega zatem na momencie, w którym uzyskuje się to rozwiązanie – w pierwszym przypadku jest ono możliwe już po właściwym skategoryzowaniu, podczas gdy w drugim rozwiązanie jest determinowane przez wagę różnorodnych czynników, nie zaś samych kategorii. Poza tym, posługiwanie się pewnymi ustalonymi kategoriami jest bardziej formalistyczne, a zatem stanowi ograniczenie swobody podmiotów stosujących prawo i zwiększa tym samym pewność uczestników obrotu prawnego, dzięki czemu odpowiada na jeden z głównych zarzutów wysuwanych wobec metody proporcjonalnej. Przykładem rozumowania poprzez kategorie w odniesieniu do relacji między jednostką a państwem jest stosowanie przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych trypoziomowego modelu weryfikacji środków podejmowanych przez państwo, gdzie przypisanie zagrożonych lub naruszonych wartości do określonej kategorii (np. wolności religijnej lub określonego rodzaju wypowiedzi w ramach wolności słowa) warunkuje wybór bardziej lub mniej rygorystycznego wzorca kontroli (ang. *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* lub *rational basis review*). Jak jednak słusznie zauważa S. E. Gottlieb, różne metody

²⁴⁹ F. M. Coffin, *Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice*, New York University Law Review, Vol. 63 (1988), s. 26.

²⁵⁰ K. M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, University of Colorado Law Review, Vol. 63 (1992), s. 293.

rozwiązywania konfliktów między prawami często się przenikają, w związku z czym kategoryzacja przypomina często proces balansowania²⁵¹, chociażby przy wważeniu różnych czynników decydujących o zakwalifikowaniu do określonych kategorii²⁵². S. de Vries podaje rozstrzygnięcie w sprawie *Josemans*²⁵³ jako przykład orzeczenia zawierającego ślad kategoryzacji w rozumowaniu TSUE. Stwierdzono w nim, że przepisy o swobodzie świadczenia usług nie znajdują zastosowania do sprzedaży tzw. miękkich narkotyków na terenie Holandii – Trybunał najpierw przeanalizował, czy aktywność związaną z takiego rodzaju produktem da się zakwalifikować do kategorii czynności ekonomicznych podejmowanych w sferze rynku wewnętrznego czy też nie, a następnie wydał na podstawie tego zaklasyfikowania rozstrzygnięcie²⁵⁴.

2.2.4. Metoda analizy proporcjonalnej wobec konfliktów między prawami usługodawców i usługobiorców w praktyce organów stosujących prawo

Z uwagi na fakt, że TSUE nie miał jeszcze okazji wypowiedzieć się w sprawie konkurujących praw usługodawców i usługobiorców w świetle zakazu dyskryminacji, warto przytoczyć w tym względzie orzecznictwo sądów europejskich i amerykańskich obrazujących różne aspekty zastosowania metody analizy proporcjonalnej, nawet jeśli wykraczają one poza zakres podmiotowy i przedmiotowy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług w prawie UE. Polski Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. II KK 333/17 zajmował się kwestią konfliktu między prawem do równego traktowania a przekonaniem politycznym i swobodą działalności gospodarczej²⁵⁵. Sprawa dotyczyła co prawda kwestii polskiego Kodeksu wykroczeń, ale w warstwie odnoszącej się do praw człowieka był to w istocie spór między usługodawcą zajmującym się zawodowo świadczeniem usług drukarskich a stowarzyszeniem działającym na rzecz osób nieheteronormatywnych, której usługodawca odmówił wydrukowania plakatu reklamowego z uwagi na swoje przekonania religijne. Uznał on bowiem, iż przekonania te, warunkujące wyznawany przez niego system wartości i ocen

²⁵¹ S. E. Gottlieb, *The Paradox of Balancing Significant Interests*, Hastings Law Journal, Vol. 45 (1994), s. 838

²⁵² *Ibidem*, s. 846.

²⁵³ Wyrok TSUE z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie C-137/09, *M. Josemans p. Burgemeester van Maastricht*, ECLI:EU:C:2010:774.

²⁵⁴ S. A. de Vries, *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice*, Utrecht Law Review, Vol. 9 (2013), Issue 1, s. 171.

²⁵⁵ <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/ii%20kk%20333-17.pdf> [dostęp 30 grudnia 2019].

moralnych, nie pozwalają mu na wyprodukowanie materiału „promującego ruchy homoseksualne”.

Sąd pierwszej instancji uznał tak umotywowaną odmowę za irrelevantną, stwierdzając, że u jej podstaw leżało w istocie negatywne postrzeganie osób LGBT, natomiast sąd drugiej instancji doszedł do wniosku, iż „przekonania religijne danej osoby nie mogą stanowić uzasadnionej podstawy odmowy wykonania usługi, ponieważ mogłoby to doprowadzić do kompletnego chaosu w stosunkach gospodarczych”²⁵⁶. Stanowisko to podzielił Sąd Najwyższy, stwierdzając, że „indywidualny światopogląd czy subiektywne rozumienie wyznawanej religii nie mogą stanowić uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia (...) wtedy, gdy tezę tę odniesiemy do ocenianych w sposób zobiektywizowany realiów zdarzenia będącego przedmiotem rozpoznania w sprawie niniejszej”²⁵⁷. Sąd odwołał się do dorobku orzeczniczego polskiego Trybunału Konstytucyjnego, przypominając, że wolność sumienia jako wartość konstytucyjna może podlegać ograniczeniom nienaruszającym istoty wolności i praw. Jednocześnie Sąd wprost przywołał metodę analizy proporcjonalnej – „w sytuacji, gdy pojawia się kolizja kilku praw chronionych konstytucyjnie albo gdy ingerencja ustawodawcy dokonana w celu ochrony jednej wartości konstytucyjnej powoduje nadmierne ograniczenie innej wartości należącej do tej kategorii, rozstrzygnięcie tej kolizji umożliwia zasada proporcjonalności”²⁵⁸.

W ramach zastosowania tej metody Sąd przystąpił najpierw do wyraźnego określenia zakresu skonfliktowanych praw i wolności, stwierdzając, że przepisy konstytucyjne definiujące wolność religii nie wskazują, aby pozwalała ona na ograniczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej. Następnie Sąd doszedł do wniosku, że „prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, rozumianym jako moralna samoświadomość człowieka i do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu, nie doznaje ograniczenia, jeżeli wykonanie usługi w sensie obiektywnym nie pozostaje w oczywistym konflikcie” z wartościami leżącymi u podstaw odmowy²⁵⁹. Dlatego też zdaniem Sądu odmowa świadczenia usługi możliwa jest, jeśli jej cechy i charakter będą stały w oczywistej sprzeczności z prawami i wolnościami usługodawcy, natomiast podstawą takiej odmowy nie mogą być indywidualne przymioty usługobiorców, takie jak np. wyznanie religijne, manifestowane

²⁵⁶ *Ibidem*, s. 11.

²⁵⁷ *Ibidem*, s. 12.

²⁵⁸ *Ibidem*, s. 13.

²⁵⁹ *Ibidem*, s. 16.

poglądy czy preferencje seksualne. W związku z tym Sąd nie wykluczył sytuacji, „w której osoba zobowiązana do świadczenia usługi wykonująca prace artystyczne, np. malarz czy rzeźbiarz, manifestująca swoją przynależność do określonej wspólnoty religijnej i żyjąca według jej kanonów, mając bezpośredni wpływ na ostateczny kształt usługi poprzez zaangażowanie swojej wrażliwości oraz norm moralnych czy obyczajowych, które respektuje, może odmówić wykonania tej pracy, gdy jej przekonania religijne i godność twórcy w konkretnym przypadku są wartością wyższą od innych, które zostałyby naruszone, np. od zakazu dyskryminacji”²⁶⁰. Zdaniem Sądu obwiniony usługodawca mógłby więc w sposób uzasadniony odmówić wykonania usługi, gdyby np. otrzymał zlecenie wydrukowania materiałów propagujących treści oczywiście sprzeczne z zasadami jego wiary. Ostatecznie Sąd uznał, że w rozpatrywanej sprawie zakaz dyskryminacji był wartością wyższą niż wolność sumienia usługobiorcy.

Polski Sąd Najwyższy, rozważając kwestię zaangażowania usługodawcy i jego wpływ na ostateczny kształt usługi, przywołał wyrok amerykańskiego Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2018 r. w sprawie *Masterpiece Cakeshop Ltd., et. al., v. Colorado Civil Rights Commission*²⁶¹. Sprawa dotyczyła cukiernika, który odmówił parze jedнопłciowej wykonania tortu weselnego z uwagi na swoje przekonanie religijne sprzeciwiające się uznaniu małżeństw zawieranych przez osoby tej samej płci. Uznał on, iż wykonanie tortu w takiej sytuacji byłoby równoznaczne z wzięciem udziału w uroczystości sprzecznej z jego przekonaniem wynikającymi z wyznawanej religii. Jakkolwiek wyrok został oparty na rozważaniach dotyczących postępowania przed stanową komisją praw człowieka i chociaż pominięto rozważania dotyczące wolności słowa, warto zauważyć, że Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na okoliczność, iż cukiernik używał w tym wypadku swoich artystycznych zdolności dla stworzenia formy wypowiedzi. W tym kontekście warto również przywołać wyrok brytyjskiego Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2018 r. w sprawie *Lee v Ashers Baking Company Ltd*²⁶², także dotyczący odmowy świadczenia usługi polegającej na wykonaniu tortu, który w tym wypadku miał zawierać hasło wyrażające poparcie dla możliwości zawierania małżeństw jedнопłciowych. Dochodząc do wniosku, że w tej sprawie nie miała miejsce dyskryminacja ze względu na orientację seksualną, a problem w pierwszej kolejności dotyczył wolności religijnej oraz wolności przekonań politycznych, sąd rozpatrywał konflikt między

²⁶⁰ *Ibidem*, s. 17.

²⁶¹ 584 U.S. (2018).

²⁶² [2018] UKSC 49.

wolnością religijną usługodawcy a obowiązkiem świadczenia przez niego usługi wynikającym z faktu, że najpierw zgodził się na jej świadczenie, a dopiero w późniejszym czasie odmówił jej wykonania z powołaniem się na swoje przekonania. Sąd uznał wobec tego, że usługodawca miał prawo odmówić wykonania usługi, przyjmując jednocześnie, iż nie można go do tego zmusić dopóki nie ma wystarczającego uzasadnienia²⁶³. Co ciekawe, sąd brytyjski odwołał się w postscriptum do uzasadnienia do przywoływanego wyżej orzeczenia amerykańskiego, które jego zdaniem uwidocznilo wagę rozróżnienia między odmową wykonania usługi mającej przekazać konkretną wiadomość każdej osobie, a odmowie jej wykonania na rzecz konkretnej osoby z uwagi na jakąś jej cechę.

Orzeczenia te wskazują na istotny aspekt konfliktów między prawami i wolnościami usługobiorców i usługodawców w kontekście zakazu dyskryminacji – rzadko kiedy możliwe będzie doprowadzenie do takiego balansu między skonfliktowanymi prawami i wolnościami, który umożliwiłby realizację obu z nich. Dyskryminacja w dostępie do dóbr i usług objawia się sytuacjami zerojedynkowymi, tj. odmową świadczenia usługi, świadczeniem usługi gorszej jakości lub molestowaniem. W takich sytuacjach nie jest możliwa ochrona zarówno prawa do równego traktowania jak i np. wolności religijnej, gdyż odmowa świadczenia usługi będzie uzasadniona (realizacja wolności religijnej) albo nie (realizacja prawa do równego traktowania), zróżnicowanie jakości usługi będzie uzasadnione albo nie, zachowanie usługodawcy będzie wyczerpywało znamiona molestowania albo nie. Taka specyfika rozpatrywanego zakresu przedmiotowego pozwala na wyciągnięcie wniosku, że w jego wypadku niektóre ujęcia metody analizy proporcjonalnej rozumianej przez pryzmat metafory balansowania, takie jak chociażby balansowanie jako maksymalizacja, nie są właściwe, o ile zakładają dążenie do względnie równorzędnego zaspokojenia praw usługobiorców i usługodawców. Dokonana wcześniej analiza różnych aspektów omawianej metody prowadzi do uznania, że w przypadku dostępu do dóbr i usług prezentowana metoda powinna opierać się z jednej strony na teorii jądra i otoczki prawa, a z drugiej na oszacowaniu zysków i strat zarówno dla każdej ze stron i jak dla społeczeństwa w ogóle.

²⁶³ “The bakery could not refuse to provide a cake – or any other of their products – to Mr Lee because he was a gay man or because he supported gay marriage. But that important fact does not amount to a justification for something completely different – obliging them to supply a cake iced with a message with which they profoundly disagreed. In my view they would be entitled to refuse to do that whatever the message conveyed by the icing on the cake – support for living in sin, support for a particular political party, support for a particular religious denomination”, *ibidem*, s. 16-17.

Takie rozumienie balansowania w omawianym zakresie przedmiotowym wymagającym bezwzględnego wyboru między prawami stron ma kilka istotnych zalet. Po pierwsze, posługiwanie się teorią jądra i otoczki pozwala na w miarę możliwości precyzyjne określenie, jak daleko sięga konflikt między prawami stron, co z kolei będzie warunkowało ocenę dokonywaną przy kolejnych etapach balansowania. Po drugie, dzięki temu możliwe jest oszacowanie kosztów i zysków rozumianych jako zestawienie, dla której ze stron poszczególne alternatywne rozwiązania będą bardziej dotkliwe lub przynoszące większe korzyści (np. z uwagi na charakter usługi ograniczenie wolności religijnej usługodawcy będzie w danym wypadku dla niego bardziej dotkliwe niż korzyść z przypisania większej wagi prawu do równego traktowania usługobiorcy z uwagi choćby na szeroką dostępność takiej samej usługi u innych usługodawców). Po trzecie wreszcie, odwołanie do aspektu społecznego pozwala na uwrażliwienie procesu balansowania na specyfikę różnych społeczności zarówno na korzyść jednej jak i drugiej strony sporu (np. określony element wierzeń może w danej społeczności odgrywać pewną szczególną rolę uzasadniającą przyznanie mu większej niż zazwyczaj wagi; dyskryminacja pewnej określonej grupy społecznej może być na tyle dużym problemem w danej społeczności, że istotne oraz społecznie użyteczne okaże się jej szczególne napiętnowanie).

Warto również w omawianym kontekście praktyki stosowania metody analizy proporcjonalnej zwrócić uwagę na opracowaną przez Komisję praw człowieka prowincji Ontario (ang. *Ontario Human Rights Commission*) „Politykę dotyczącą konkurujących praw człowieka” (ang. *Policy on competing human rights*), w której opisano proponowaną metodologię rozwiązania konfliktów między prawami i wolnościami opracowaną na podstawie kanadyjskiego orzecznictwa w sprawach o roszczenia z tytułu nierównego traktowania²⁶⁴. Punktem wyjścia postulowanej metody jest zestawienie podstawowych zasad prawnych (ang. *key legal principles*) wyznaczających ogólne ramy i kierunki w rozwiązywaniu sytuacji konfliktowych. Po pierwsze, jak podnosi Komisja, żadne prawo nie ma charakteru absolutnego, lecz jest ograniczone prawami i wolnościami innych osób. Po drugie, nie istnieje żadna hierarchia praw i wolności, a więc nie można argumentować, iż którekolwiek z nich jest ważniejsze niż inne i z tego tytułu zasługuje na uprzywilejowanie traktowanie w procesie wazenia racji. Po trzecie, konieczne jest zbadanie relacji pomiędzy stronami sporu a prawami i wolnościami, na które się powołują, gdyż wcale nie muszą one w danej sytuacji im

²⁶⁴ Ontario Human Rights Commission, *Policy on competing human rights*, <http://www.ohrc.on.ca/en/policy-competing-human-rights> [dostęp 22 sierpnia 2018 r.].

przynależeć, nie muszą mieć w rzeczywistości zakresu, na jaki powołują się strony (np. próba wyinterpretowania nowych elementów praw i wolności), a nawet nie muszą istnieć (np. wywodzenie nowych praw i wolności). Trzeci etap analizy pozwala zatem na właściwe określenie, między jakimi prawami i wolnościami doszło do konfliktu albo na stwierdzenie, iż w istocie konflikt taki nie występuje z uwagi na np. nieistnienie podnoszonego prawa lub jego inny zakres. Obrazuje to chociażby przywoływany przez Komisję wyrok Kanadyjskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Grant v. Willcock*, gdzie orzeczono, iż elementem prawa własności nie jest możliwość odmowy sprzedaży nieruchomości wyłącznie z powodu uprzedzeń rasowych względem nabywcy, gdyż na jego podstawie nie można przyznać prawa do dyskryminacji przy publicznej transakcji sprzedaży prywatnego majątku²⁶⁵.

Po czwarte, należy wziąć pod uwagę pełen kontekst sytuacji oraz fakty, gdyż nawet najdrobniejsze szczegóły mogą okazać się decydujące dla próby znalezienia właściwego balansu w określonym przypadku. Zdaniem Komisji elementem analizy kontekstualnej jest także konieczność określenia, jakie fundamentalne wartości konstytucyjne i interesy społeczne znajdują odzwierciedlenie w konkretnej sytuacji, np. szacunek dla godności ludzkiej, sprawiedliwość i równość społeczna, równość kobiet i mężczyzn czy zaufanie do wymiaru sprawiedliwości. Komisja przytacza w tym względzie wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *R. v. Oakes*, w którym stwierdzono, iż „podstawowe wartości i zasady wolnego i demokratycznego społeczeństwa stanowią zarówno genezę praw i wolności (...) jak i najwyższy standard, w świetle którego każde ograniczenie prawa i wolności, niezależnie od swojego efektu, musi okazać się rozsądne i w oczywisty sposób uzasadnione”²⁶⁶. Po piąte, należy ustalić zakres konfliktu, tj. zbadać, w jakim stopniu jedno z praw lub wolności ma negatywnie wpłynąć na drugie, gdyż zdaniem Komisji niewielki lub wręcz błahy stopień wpływu oznacza, iż prawo lub wolność nie otrzymają w ogóle ochrony lub jedynie w istotnie ograniczonym zakresie w procesie balansowania. Powołuje się ona przy tym na orzeczenie *Syndicat Northcrest v. Amselem*, w którym Sąd Najwyższy rozpatrywał sprawę nakazania rodzinie żydowskiej usunięcia z balkonu elementów służących jej do odprawiania ceremonii o charakterze religijnym z uwagi na niezgodność z przepisami wspólnoty mieszkaniowej oraz negatywnym wpływem na czerpanie przez sąsiadów przyjemności z posiadanych balkonów²⁶⁷. Sąd stwierdził, iż w takiej sytuacji nie ma potrzeby poszukiwania równowagi między wolnością

²⁶⁵ *Grant v. Willcock* (1990), 13 C.H.R.R. D/22 (Ont. Bd.Inq.).

²⁶⁶ *R. v. Oakes* [1986], 1 S.C.R. 103.

²⁶⁷ *Syndicat Northcrest v. Amselem* [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47.

religii a prawem własności, gdyż miałyby to niebotyczny wpływ na sytuację rodziny, podczas gdy efekt względem sąsiadów byłby znikomy. Po szóste, rdzeń praw i wolności należy chronić w większym stopniu niż ich otoczki. Z analizy Komisji wynika, że w im większym stopniu jedno z praw miałyby naruszać rdzeń drugiego lub jego fundamentalny aspekt, tym bardziej prawdopodobne, iż zostanie ono ograniczone w procesie równoważenia, aczkolwiek nie zwalnia to z obowiązku zaspokojenia ustępującego prawa w największym możliwym stopniu. Po siódme, należy respektować oba z praw w największym możliwym stopniu, tj. dążyć do przyznania obu możliwości realizacji tak dalece jak to możliwe. Po ósme, należy rozważyć, czy prawo stanowione w jakimś stopniu nie zezwala na ograniczenie któregoś z praw pozostających w sytuacji konfliktu, np. poprzez przyznanie prawa do odmiennego traktowania w określonych sytuacjach (analogicznie można przytoczyć w tym względzie chociażby motyw szesnasty preambuły dyrektywy 2004/113, zgodnie z którym przykładem słusznego celu uzasadniającego różnice w traktowaniu ze względu na płeć może być ochrona ofiar przemocy poprzez zakładanie schronisk dla przedstawicieli jednej płci lub swoboda zrzeszania się w przypadku członkostwa w prywatnych klubach jednej płci).

Bazując na wyżej określonych zasadach oraz dotychczasowym orzecznictwie, Komisja opracowała model trzyfazowej analizy sytuacji, w których konkurują ze sobą różne prawa. Pierwsza faza, czyli rozpoznanie praw będących w konflikcie, składa się z trzech kroków. Po pierwsze, należy określić zakres roszczeń obu stron o respektowanie ich praw, analizując jednocześnie kontekst określonego przypadku. Po drugie, po uzyskaniu pełnego obrazu konfliktu trzeba zbadać, czy podnoszone przez strony spornej sytuacji roszczenia faktycznie mieszczą się w granicach ich praw i wolności. Zdaniem Komisji trzeba w tym celu uzyskać odpowiedzi na trzy pytania, tj. czy roszczenia dotyczą indywidualnych lub zbiorowych praw czy jednak interesów o charakterze ekonomicznym (co wydaje się szczególnie istotne w przypadku dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług), czy przynajmniej jedno z roszczeń faktycznie ma związek z prawami i wolnościami człowieka, a także wreszcie czy roszczenia wchodzi w jakiś sposób w zakres podnoszonych praw i wolności. Po trzecie, w pierwszej fazie analizy należy również ustalić zakres, w jakim skonfliktowane prawa na siebie wpływają, określając w ten sposób, czy ingerencja jednego w drugie nie jest nieznaczna lub wręcz błaha. Jak już wskazano wcześniej, zdaniem Komisji w sytuacji braku wystarczającej ingerencji nie można mówić o konflikcie praw, co oznacza zarazem, iż jedno z nich musi ustąpić (ma to związek z przytaczaną wyżej teorią rdzenia praw i ich otoczki). Jeśli pierwsza faza analizy doprowadzi do wniosku, iż w danym stanie faktycznym istotnie występuje konflikt pomiędzy

prawami, należy przejść do drugiej fazy, której celem jest zbadanie możliwości pogodzenia konkurujących praw. Pierwszym krokiem jest próba znalezienia rozwiązania pozwalającego zapewnić obu prawom możliwość pełnej ich realizacji (lub nieznacznie ograniczonej), nawet jeśli będzie to oznaczało konieczność dokonania przez strony sporu pewnych ustępstw lub zmian w zakresie realizacji ich praw. Jeśli znalezienie takiego rozwiązania okaże się niemożliwe, należy przejść do kolejnego kroku, czyli poszukiwania wyjścia w jak najmniejszym stopniu ograniczającego prawa stron. W tym momencie szczególnie aktualizują się opisane wcześniej opracowane przez Komisję podstawowe zasady prawne wyznaczające ramy procesu „godzenia” skonfliktowanych praw. Faza trzecia to w końcu podjęcie decyzji o sposobie rozwiązania konfliktu.

3. Podsumowanie

W niniejszym rozdziale zarysowano ramy unijnego systemu ochrony praw podstawowych, dla których kluczowym dokumentem jest KPP posiadająca taką samą moc prawną jak traktaty. Wskazano także inne elementy katalog źródeł tych praw takie jak m.in. EKPC, tradycje konstytucyjne wspólne państwom członkowskim, wspólne im zobowiązania międzynarodowe oraz orzecznictwo TSUE i ETPCz, określając jednocześnie relacje pomiędzy nimi. Podniesiono chociażby tożsamość zakresu i znaczenia praw odpowiadających tym gwarantowanym przez EKPC, a także konieczność interpretowania praw podstawowych wynikających ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich nie przez pryzmat najmniejszego wspólnego mianownika tych tradycji, ale z wykorzystaniem ich do dokonania interpretacji zapewniającej możliwie wysoki poziom ochrony dający się z tych tradycji wyprowadzić. Omawiając ponadto strukturę KPP zwrócono uwagę, iż zawiera ona odrębny tytuł poświęcony równości, w którym szczególne znaczenie ma art. 21 ustanawiający zakaz wszelkiej dyskryminacji w szerszym zakresie niż w art. 19 TFUE stanowiący podstawę dla przyjęcia dyrektyw zakazujących nierównego traktowania w obszarze dostępu do dóbr i usług.

Analizując postanowienia KPP z perspektywy przedmiotu niniejszej rozprawy, dużo uwagi poświęcono również problematyce zakresu podmiotowego KPP i związanego z nim skutku bezpośredniego praw i wolności podstawowych. Stwierdzono, że z uwagi na brak jednolitej linii orzeczniczej TSUE nie da się ani w judykaturze ani doktrynie odnaleźć jednoznacznych kryteriów pozwalających określić, kiedy państwa członkowskie stosują prawo UE w rozumieniu KPP, jednak nie ulega wątpliwości, że w zakresie art. 19 TFUE oraz dyrektyw 2000/43 i 2004/113 statuujących zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług państwa członkowskie implementują i stosują prawo UE. Podniesiono jednak, iż jeśli państwa

zdecydują się na szerokie ujęcie zakresu podmiotowego w obszarze życia objętym kompetencjami Unii, podlegają reżimowi KPP, gdyż w takim wypadku dobrowolnie stosują prawo UE, tj. rzeczony art. 21 KPP. Przedstawiono też zagadnienie bezpośredniego skutku praw podstawowych w relacjach horyzontalnych, dokonując w tym zakresie szczegółowej analizy orzecznictwa TSUE, prowadzącej do uznania, iż pod warunkami bezwarunkowości i obligatoryjności prawa te będą odnosiły taki skutek również między podmiotami prywatnymi. Zwrócono niemierniej uwagę na specyfikę praw podstawowych w kontekście zakazu dyskryminacji. Analiza orzecznictwa i właściwych aktów prawa wtórnego doprowadziła bowiem do uznania, że w tym kontekście odnoszą one w relacjach horyzontalnych skutek bezpośredni. Ochrona tych praw sygnalizowana przez dyrektywy antydyskryminacyjne byłaby bowiem nieefektywna, gdyby nie przyznać im rzeczzonego skutku. Z tego względu KPP musi stanowić punkt wyjścia do rozważań nad problemem rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi usługodawców i usługobiorców w prawie UE.

W dalszej części podjęto problematykę właśnie tych konfliktów, dokonując w pierwszej kolejności ich sklasyfikowania. Następnie przedstawiono najważniejsze zagadnienia metodologii rozwiązywania sporów między prawami podstawowymi usługodawców i usługobiorców. Najwięcej uwagi poświęcono szeroko omawianej w literaturze metodzie analizy proporcjonalnej, w stosunku do której w doktrynie i judykaturze amerykańskiej i kanadyjskiej częściej używa się metafory balansowania. Wskazano, że celem tej metody jest uzyskanie stanu względnej równowagi między konkurującymi prawami i określenie, w jakim stopniu każde z nich może być realizowane. Omówiono najważniejsze zarzuty wobec tej metody, takie jak niewspółmierność, czyli niemożności przypisania konkurującym prawom wartości, dzięki której można byłoby je ze sobą porównać i dokonać w efekcie swoistej redukcji w procesie balansowania, niemożność stworzenia abstrakcyjnej normy analitycznej, brak przewidywalności decyzji sędziowskich czy subiektywizm w przypisywaniu określonego znaczenia skonfliktowanym prawom. Wskazano jednak pomimo tych zarzutów, że prezentowana metoda stanowi odpowiedź na zbyt sztywne ramy formalizmu, pozwalającą na uwzględnienie wielu czynników faktycznych przy rozwiązywaniu sytuacji spornych. W odpowiedzi na krytykę przedstawiono również możliwe interpretacje proporcjonalności podnoszone w literaturze dla rozwiania omówionych wątpliwości. Analiza orzecznictwa TSUE wykazała ponadto, iż prezentowana metoda jest uznaną w prawie UE metodą rozwiązywania konfliktów między konkurującymi prawami. Zaprezentowano także

inne metody rozwiązywania sporów, tj. metodę hierarchiczną oraz kategoryzację, argumentując jednocześnie za właściwością stosowania metody proporcjonalnej.

Wskazano jednak, iż w zakresie stanowiącym przedmiot niniejszych rozważań rzadko kiedy możliwe będzie doprowadzenie do takiego balansu między skonfliktowanymi prawami i wolnościami, który umożliwiłby realizację obu z nich. Dyskryminacja w dostępie do dóbr i usług objawia się sytuacjami zerojedynkowymi, tj. odmową świadczeni usługi, świadczeniem usługi gorszej jakości lub molestowaniem, a w takich sytuacjach nie jest możliwa ochrona zarówno prawa do równego traktowania jak i konkurujących z nim praw lub wolności. Taka specyfika rozpatrywanego zakresu przedmiotowego doprowadziła do uznania, że w jego wypadku niektóre ujęcia metody analizy proporcjonalnej rozumianej przez pryzmat metafory balansowania nie są właściwe, o ile zakładają dążenie do względnie równorzędnego zaspokojenia praw usługobiorców i usługodawców. Wziąwszy pod uwagę specyfikę badanego zakresu przedmiotowego, przyjęto, iż prezentowana metoda powinna opierać się z jednej strony na teorii jądra i otoczki prawa, a z drugiej na oszacowaniu zysków i strat zarówno dla każdej ze stron i jak dla społeczeństwa w ogóle (z ewentualnym uwzględnieniem innych jednostek miary). Dokonana analiza pozwoliła wreszcie w odniesieniu do proceduralnego aspektu omawianej metody na wyróżnienie kilka etapów rozwiązywania omawianych konfliktów z użyciem metody analizy proporcjonalnej, tj. określenie zakresu roszczeń stron sporu o respektowanie ich praw, analizę kontekstu określonego przypadku, badanie roszczeń pod względem objęcia ich zakresem praw podstawowych stron sporu, umiejscowienie skonfliktowanych praw w systemie prawa krajowego, unijnego oraz międzynarodowego, określenie rdzenia i otoczki praw, określenie zakresu wzajemnego wpływu skonfliktowanych praw na siebie, analizę kosztów i zysków z ewentualnym uwzględnieniem innych jednostek miary celem określenia wagi każdego ze skonfliktowanych praw, próbę znalezienia rozwiązania jak w najmniejszym stopniu ograniczającego korzystanie ze skonfliktowanych praw (o ile takie rozwiązanie jest możliwe mimo specyfiki dostępu do dóbr i usług) oraz wreszcie podjęcie decyzji o rozwiązaniu konfliktu.

Rozdział III

Zakres zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług

1. Zakres podmiotowy

1.1. Osoby fizyczne i zakazane kryteria różnicowania

Jak podnoszono w pierwszym rozdziale pracy, dyskryminacja to zjawisko dotyczące z natury osób fizycznych, skoro jest różnicowaniem sytuacji z uwagi na cechy osobiste takie jak wiek, niepełnosprawność, płeć, orientacja seksualna czy pochodzenie rasowe lub etniczne, a zatem przymioty właściwe jedynie osobom fizycznym²⁶⁸. Wskazano już również, że zakres podmiotowy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług w prawie UE obejmuje wyłącznie przesłanki płci (dyrektywa 2004/113) oraz pochodzenia rasowego i etnicznego (dyrektywa 2000/43). O ile zdefiniowanie pierwszej z nich nie przysparza problemów²⁶⁹, o tyle dwie pozostałe zdają się w pewnej mierze problematyczne. Rzecznik generalny N. Wahl w swojej opinii do orzeczenia *Jyske Finans* uznał, że zdefiniowanie pojęcia rasy „staje się coraz bardziej nieakceptowane we współczesnych społeczeństwach”, wobec czego „wydaje się, że wraz z upływem czasu zakaz dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe stracił znaczenie na rzecz mniej jasnego i namacalnego pojęcia dyskryminacji ze względu na pochodzenie etniczne, która (...) stanowi formę dyskryminacji rasowej”²⁷⁰. Jest to zresztą stanowisko zgodne z motywem szóstym preambuły do dyrektywy 2000/43, według którego „Unia Europejska odrzuca wszystkie teorie zmierzające do określenia istnienia odrębnych ras ludzkich”, a „użycie terminu pochodzenie rasowe (...) nie oznacza wcale uznania tych teorii”. Rzecznik generalny proponuje w związku z tym posługiwanie się pojęciem pochodzenia etnicznego, które zgodnie z wykładnią przedstawioną w orzeczeniu w sprawie *CHEZ* oznacza, iż „grupy społeczne cechuje w szczególności wspólnota narodowa, religijna,

²⁶⁸ Por. uwagi zawarte w rozdziale 2.1.

²⁶⁹ Por. motyw trzeci preambuły do dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy, w którym stwierdza się, iż „Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że zakres zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn nie może ograniczać się do zakazu dyskryminacji ze względu na fakt, że dana osoba jest takiej czy innej płci (...) ma ona także zastosowanie do dyskryminacji wynikającej ze zmiany płci danej osoby”.

²⁷⁰ Opinia rzecznika generalnego N. Wahla przedstawiona w dniu 1 grudnia 2016 r. w sprawie C-668/15, *Jyske Finans A/S p. Ligebehandlingsnævnet*, ECLI:EU:C:2016:914, pkt 31.

językowa, wspólnota kultury, tradycji i środowiska życiowego”²⁷¹. Przywołany motyw preambuły do dyrektywy 2000/43 pozwala przypuszczać, że odwołanie do rasy w jej przepisach wynika z faktu utrwalonego posługiwania się nim w aktach prawa międzynarodowego związanych z zakazem dyskryminacji²⁷². Niemniej propozycja rzecznika, zaakceptowana w sposób dorozumiany przez Trybunał w wyroku, spotyka się jednak ze słuszną krytyką. Jak podnosi S. Atrey, odejście od stosowania pojęcia rasy zdaje się stać w sprzeczności z celem dyrektywy 2000/43, gdyż dyskryminacja ze względu na rasę nie dotyczy kwestii definicyjnych, lecz przede wszystkim pewnego szczególnego rodzaju niekorzyści, jakich doświadczają osoby nierówno traktowane z uwagi na to kryterium²⁷³. Poza tym zwraca ona uwagę, iż odrzucenie koncepcji rasy jest błędne, ponieważ wciąż funkcjonuje ona jako konstrukt społeczny pełen wyobrażeń i stereotypów prowadzących do nierównego traktowania, wobec czego motyw szósty preambuły do dyrektyw nie może służyć jako podstawa do nieposługiwania się tym terminem²⁷⁴.

Należy zgodzić się z twierdzeniami S. Atrey i jednocześnie krytycznie ocenić stanowisko rzecznika generalnego, gdyż trudno byłoby uznać, iż pojęcie rasy jest irrelevantne dla prawa unijnego. Skoro dyrektywa posługuje się tym terminem, to znaczy, że prawodawca europejski zauważył związany z nim problem dyskryminacji. Można oczywiście argumentować, jak robi to rzecznik generalny, jakoby po upływie osiemnastu lat od przyjęcia dyrektywy rozwój społeczny doprowadził do odrzucenia omawianego pojęcia lub do jego zdewaluowania, jednak argument ten zdaje się chybiony wobec współcześnie wzrastających w sposób widoczny problemów z ksenofobią i alienacją osób o innym pochodzeniu niż europejskie²⁷⁵. Nawet jeśli można argumentować, że z naukowego punktu widzenia podział ludzi na rasy jest nieuzasadniony, to nie ulega wątpliwości, że w świadomości społecznej pojęcie to funkcjonuje i w pewnych wypadkach stanowi podstawę nierównego traktowania. Niejednoznaczność samego terminu oraz konieczność swoistego odwołania do jego społecznego rozumienia sprawia, że zdefiniowanie rasy rodzi problemy i w związku z tym

²⁷¹ Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zasztita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480, pkt 46.

²⁷² Por. np. art. 14 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz.U. 1993 nr 61, poz. 284.

²⁷³ S. Atrey, *Race Discrimination in EU after Jyske Finans*, *Common Market Law Review* Vol. 55, Issue 2, s. 636.

²⁷⁴ *Ibidem*, s. 640.

²⁷⁵ W kwestii złożoności pojęcia rasy zob. L. Farkas, *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*, European Commission, Brussels 2017.

żaden z instrumentów prawa międzynarodowego czy unijnego nie dostarcza stosownej definicji²⁷⁶. Można przypuszczać, iż pojęcie rasy będzie najczęściej obejmowało cechy wyglądu (np. kolor skóry) wskazujące na pewne „ponadnarodowe” pochodzenie (np. Azjata), aczkolwiek w niektórych dokumentach prawa międzynarodowego²⁷⁷ czy unijnego²⁷⁸ kolor skóry wymieniany jest jako samodzielne zabronione kryterium dyferencjacji. Granica między rasą a pochodzeniem etnicznym może zatem wydawać się niejednoznaczna i trudna do ustalenia w badaniu konkretnych przypadków nierównego traktowania. Z teoretycznego punktu widzenia można jedynie wysnuć wnioski, iż w przeciwieństwie do pochodzenia etnicznego, które opiera się na dość jasnych kryteriach przynależności do określonej wspólnoty kulturowej, rasa jest pojęciem silnie związanym ze społecznym postrzeganiem ponadnarodowej odrębności („ponadnarodowość” jest o tyle istotna, że pozwala odróżnić dyskryminację rasową od nierównego traktowania z uwagi na pochodzenie narodowe).

Na tle stanu faktycznego w sprawie *Jyske Finans* pojawił się również istotny z punktu widzenia zakresu podmiotowego problem czynników decydujących o posiadaniu określonego pochodzenia etnicznego. W omawianej sprawie obywatel duński urodzony w Bośni i Hercegowinie wraz ze swoją partnerką, obywatelką duńską urodzoną w Danii, starał się o częściowe sfinansowanie kupna samochodu pożyczką udzielaną przez firmę Jyske Finans. W trakcie rozpatrywania wniosku kredytowego został poproszony o przedstawienie dodatkowej dokumentacji potwierdzającej jego tożsamość z uwagi na urodzenie poza granicami Danii. Tożsamego wymogu nie postawiono wobec jego partnerki, w związku z czym wysunął on zarzut dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne. TSUE stwierdził jednak w swoim orzeczeniu, iż „nie można stwierdzić, że rozpatrywany (...) wymóg dodatkowego potwierdzenia tożsamości (...) zasadza się bezpośrednio na pochodzeniu etnicznym”²⁷⁹. Po pierwsze, TSUE argumentuje w uzasadnieniu do wyroku, że kraju czy miejsca urodzenia nie można uznać za czynnik bezpośrednio lub nierozzerwalnie związany z określonym pochodzeniem etnicznym. Stwierdza on bowiem, że „pochodzenia etnicznego

²⁷⁶ E. Howard, *Race and racism: why does European law have difficulties with definitions?*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 24, Issue 1 (2008), s. 9.

²⁷⁷ Por. art. 1 Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, Dz.U. 1969 nr 25, poz. 187.

²⁷⁸ Por. art. 21 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz. U. UE C 326 z 26.10.2012, s. 391-407.

²⁷⁹ Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 2017 r. w sprawie C-668/15, *Jyske Finans A/S p. Ligebehandlingsnævnet*, ECLI:EU:C:2017:278, pkt 23.

nie można (...) określać na podstawie pojedynczego kryterium ale – przeciwnie – musi ono opierać się na szeregu elementów, z których niektóre mają charakter obiektywny, a inne – charakter subiektywny”²⁸⁰, a także iż „kraj urodzenia nie może sam leżeć u podstaw ogólnego domniemania dotyczącego przynależności do określonej grupy etnicznej w sposób ustalający istnienie bezpośredniego i nierozzerwalnego związku między tymi dwoma pojęciami”²⁸¹.

O ile należy zgodzić się z TSUE co do złożoności pojęcia pochodzenia etnicznego oraz roli czynników zarówno obiektywnych jak i subiektywnych, szczególnie istotnych w wypadku np. dzieci osób o różnym pochodzeniu etnicznym, o tyle należy zarazem uznać, iż przedstawiona w uzasadnieniu argumentacja od samego początku obarczona jest przyjęciem błędnej tezy, jakoby w przedmiotowej sprawie dla uznania dyskryminacji konieczne było założenie, iż miejsce zamieszkania jest decydujące dla ustalenia pochodzenia etnicznego. Tymczasem należało dokonać pewnego niuansowania tej argumentacji, choć oczywiście miejsce urodzenia nie będzie nigdy czynnikiem pozwalającym na ustalenie w każdym wypadku pochodzenia etnicznego. Jakkolwiek w przypadku krajów o zróżnicowanej strukturze etnicznej mogłoby to być faktycznie utrudnione, o tyle w sytuacji krajów o względnie jednolitej strukturze (jak np. Polska), miejsce urodzenia może pociągać za sobą uzasadnione przypuszczenia o kolejnych elementach składających się na pochodzenie etniczne danej osoby, takich jak kolor skóry, przynależność do wspólnot językowej, religijnej oraz narodowej, czy też do wspólnoty kultury i tradycji. Poza tym, niezależnie od faktycznego wpływu miejsca zamieszkania na ustalenie pochodzenia etnicznego, TSUE zdaje się nie zauważać problemu profilowania czy asumpcji²⁸², podczas gdy teoretycznie możliwe jest, iż dodatkowego potwierdzenia tożsamości zażądano w związku z cechami, jakie osoba rozpatrująca wniosek kredytowa przypisała osobie urodzonej w danym miejscu (np. religia i jej powiązanie z kwestią terroryzmu lub niechęć do określonej religii albo grupy narodowościowej).

Po drugie, TSUE przyjmuje argumentację rzecznika generalnego, że „istnienia niekorzystnego traktowania nie można stwierdzić w sposób ogólny i abstrakcyjny, lecz musi być ono stwierdzone w sposób szczególny i konkretny w świetle danego korzystnego traktowania”²⁸³ oraz że „nie można uwzględnić argumentu, zgodnie z którym stosowanie tego

²⁸⁰ *Ibidem*, pkt 19.

²⁸¹ *Ibidem*, pkt 20.

²⁸² Por. uwagi zawarte w rozdziale 2.1.

²⁸³ Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 2017 r. w sprawie C-668/15, *Jyske Finans A/S p. Ligebehandlingsnævnet*, ECLI:EU:C:2017:278, pkt 32.

kryterium działa na niekorzyść osób mających pochodzenie etniczne z kraju innego niż państwo członkowskie Unii lub EFTA”²⁸⁴. Zdaniem TSUE należy zatem, by uznać pewne działanie za nierówne traktowanie, być w stanie ustalić konkretne pochodzenie etniczne, którego ono dotyczy (np. romskie). Stanowisko to wydaje się jednak błędne, choć prezentowane jest konsekwentnie przez TSUE w orzeczeniach odnoszących się do dyrektywy 2000/43. Warto w tym względzie przywołać omawiane już w rozdziale pierwszym niniejszej pracy orzeczenie w sprawie *Feryn*, gdzie TSUE orzekł, iż „okoliczność, że pracodawca publicznie oświadcza, iż nie będzie zatrudniał pracowników o określonym pochodzeniu etnicznym lub rasowi stanowi bezpośrednią dyskryminację”²⁸⁵. Sprawa dotyczyła w istocie dwóch takich oświadczeń – w pierwszym pracodawca stwierdził, iż nie będzie zatrudniał osób pochodzenia marokańskiego, podczas gdy w drugim odnosił się ogólnie do cudzoziemców, bez podawania ich konkretnego pochodzenia etnicznego. W tym kontekście możliwe są dwa rozumienia przywoływanego wyroku. Można uznać, iż TSUE nie rozpatrzył jednak kwestii posługiwania się szerszym terminem cudzoziemcy, przyjmując z jakiegoś powodu, iż znaczenie dla sprawy ma oświadczenie o niezatrudnieniu osób o określonym pochodzeniu. Można jednak również przyjąć, iż pod pojęciem określonego pochodzenia TSUE rozumie pochodzenie nie-belgijskie, które oczywiście nie jest jako takie pochodzeniem etnicznym, ale może być rozumiane jako termin zbiorowo określający w sposób negatywny osoby nieposiadające określonego pochodzenia, które w danym przypadku będą stawiane w uprzywilejowanej pozycji poprzez niestosowanie wobec nich działań naruszających zasadę równego traktowania.

Zasadna wydaje się druga z prezentowanych wykładni, również w kontekście omawianego wyroku w sprawie *Jyske Finans*, jako że chociażby w wyroku w sprawie *CHEZ* TSUE podkreślił, iż „zakres zastosowania dyrektywy 2000/43 nie może być określany w sposób zawężający ze względu na jej cel oraz charakter praw, które ma ona chronić”²⁸⁶. Tymczasem ograniczanie zakresu zastosowania dyrektywy 2000/43 do konkretnego pochodzenia etnicznego rozumianego jako jednostkowe ściśle określone pochodzenie, jest właśnie nieuzasadnioną wykładnią zawężającą. Wbrew temu co twierdzi rzecznik generalny w swojej opinii do wyroku w sprawie *Jyske Finans*, art. 2 ust. 2 pkt b definiujący dyskryminację

²⁸⁴ *Ibidem*, pkt 33.

²⁸⁵ Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397, pkt 28.

²⁸⁶ Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Byłgarija AD p. Komisija za zasztitа ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480, pkt 56.

pośrednią poprzez odwołanie do „osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego” nie oznacza, iż „pojęcie dyskryminacji pośredniej na mocy tego przepisu wymaga dla swej skuteczności, aby rzekomo dyskryminujący środek stawiał w niekorzystnej sytuacji konkretne pochodzenie etniczne”²⁸⁷. Nawet literalne brzmienie przywoływanego przepisu nie stoi na przeszkodzie uznaniu, iż „danym pochodzeniem” może być również zbiorowe określenie pochodzenie etniczne nie-duńskie (w omawianej sprawie oczywiście domniemane). Gdyby zaakceptować stanowisko rzecznika generalnego, okazałoby się, iż za dyskryminację nie mogłoby zostać uznane oświadczenie pracodawcy zaprezentowane w sprawie *Feryn* w przypadku, w którym nie padłoby również wyraźne stwierdzenie o osobach pochodzenia marokańskiego. Oznaczałoby to zarazem, że unijne prawo antydyskryminacyjne nie znajdowałoby zastosowania w przypadku nieuzasadnionego preferencyjnego traktowania osób pochodzenia A względem tych pochodzenia nie-A, podczas gdy taka wykładnia wydaje się sprzeczna z celem dyrektywy 2000/43 oraz charakterem praw, które ma ona chronić. W związku z powyższym należy stwierdzić, że jakkolwiek Trybunał ma rację w kwestii złożoności pojęcia pochodzenia etnicznego, o tyle nie sposób zgodzić się z jego zawężającą wykładnią zakresu podmiotowego zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług.

Przy omawianiu zakresu podmiotowego istotne jest również postawienie pytania o ochronę przed nierównym traktowaniem obywateli UE urodzonych w państwach trzecich oraz obywateli tych państw przebywających na terenie Unii. Punkt wyjścia dla rozważań w tym zakresie stanowi art. 3 ust. 2 dyrektywy 2000/43, zgodnie z którym jej przepisy nie znajdują zastosowania w przypadku „różnego traktowania ze względu na obywatelstwo” (ang. *nationality*) oraz nie naruszają „przepisów i warunków dotyczących wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich oraz bezpaństwowców na terytorium Państw Członkowskich i wszelkiego traktowania związanego ze statusem prawnym danych obywateli państw trzecich i bezpaństwowców”²⁸⁸. Jednocześnie jednak motyw trzynasty preambuły do dyrektywy stanowi, że „zakaz dyskryminacji powinien również mieć zastosowanie wobec obywateli państw trzecich, ale nie obejmuje on odmiennego traktowania ze względu na narodowość i nie pozostaje bez uszczerbku dla przepisów regulujących wjazd i pobyt obywateli państw trzecich

²⁸⁷ Opinia rzecznika generalnego N. Wahla przedstawiona w dniu 1 grudnia 2016 r. w sprawie C-668/15, *Jyske Finans A/S p. Ligebehandlingsnævnet*, ECLI:EU:C:2016:914, pkt 60.

²⁸⁸ W kwestii relacji migracji i zakazu dyskryminacji zob. E. Muir, *Enhancing the Protection of Third-Country Nationals against Discrimination: Putting EU Anti-Discrimination Law to the Test*, Maastricht Journal of European and Comparative Law Vol. 18, Issue 1-2 (2011).

oraz ich dostęp do zatrudnienia i pracy” (jak się zdaje, w polskim tłumaczeniu występuje błąd w zakresie „nie pozostaje bez uszczerbku”, gdyż analiza innych wersji językowych prowadzi do wniosku, że zakaz dyskryminacji w istocie ma pozostać bez uszczerbku dla wskazywanych przepisów²⁸⁹).

Po pierwsze, można zatem wysnuć wniosek, iż ochrona przed nierównym traktowaniem w dostępie do dóbr i usług nie jest zależna od posiadania obywatelstwa UE, ale przynależy każdej osobie przebywającej na terenie Unii, niezależnie od kraju jej pochodzenia czy statusu (jak się zdaje, ochrona ta obejmuje w związku z tym również bezpaństwowców). Decydujące o przyznaniu ochrony powinno być zatem choćby jednorazowe uczestnictwo w obrocie dobrami lub usługami na wspólnym rynku, czy to w charakterze konsumenta czy usługodawcy. Po drugie, przy analizie konkretnych przypadków konieczne będzie odróżnienie od siebie kategorii narodowości (ang. *nationality*) oraz pochodzenia rasowego lub etnicznego. Pierwsza z nich powinna być z pewnością utożsamiana z posiadaniem konkretnego obywatelstwa, gdyż to ono jest istotnym kryterium dla polityki migracyjnej, której dotyczą omawiane wyłączenia, a poza tym wskazuje na to analiza różnych wersji językowych dyrektywy 2000/43²⁹⁰. Pytaniem otwartym pozostaje natomiast, czy obejmuje ono swoim zakresem również pochodzenie narodowe²⁹¹. Interpretacja TSUE w tym zakresie miałaby daleko idące skutki – jeśli bowiem uznałyby on, iż pochodzenie narodowe (ang. *national origin*) lub narodowość (ang. *nationality*) wchodzi w zakres pojęcia obywatelstwa (również ang. *nationality*), to ochrona przed nierównym traktowaniem z uwagi na narodowość w dostępie do dóbr i usług byłaby wyłączona. Druga możliwa interpretacja zakłada z kolei, że pochodzenie narodowe jest cechą chronioną w ramach przepisów o dyskryminacji z uwagi na pochodzenie rasowe lub etniczne i to podejście wydaje się właściwsze. Narodowość czy pochodzenie narodowe rozumiane jako przynależność do określonej grupy narodowej w istocie zdaje się nie różnić od pochodzenia etnicznego w zakresie wyznaczających je

²⁸⁹ Por. np. angielską wersję: (...) *and is without prejudice to provisions governing the entry and residence of third-country nationals* (...), OJ L 180/22, 19.7.2000.

²⁹⁰ W polskiej wersji językowej używa się zamiennie pojęć narodowość oraz obywatelstwo podczas gdy w innych wersjach językowych konsekwentnie używa się jednego terminu (ang. *nationality*, fr. *Nationalité*, niem. *Staatsangehörigkeit*), w pewnym językach mogącego oznaczać zarówno obywatelstwo jak i narodowość. Zestawienie terminów dwuznacznych z językami wykazującymi większą jednoznaczność wskazuje, iż celem dyrektywy jest wyłączenie stosowania przepisów z uwagi na obywatelstwo, a nie narodowość rozumianą jako przynależność do określonej grupy narodowej.

²⁹¹ E. Howard, *Race...*, *op. cit.*, s. 21.

kryterium, tj. przynależności religijnej czy kulturowej (różnica może dotyczyć np. kwestii państwowości). Poza tym, w wyżej cytowanym orzeczeniu w sprawie *CHEZ TSUE* jako jedno z kryteriów wskazał wspólnotę narodową, co zdaje się potwierdzać prezentowany tok rozumowania. Różnienie tych wskazywanych pojęć oznacza, iż konieczne jest również zrozumienie ich wzajemnego wpływu na siebie, tak jak w przypadku orzeczenia w sprawie *Jyske Finans*. Obywatelstwo, pochodzenie narodowe, pochodzenie rasowe oraz pochodzenie etniczne nie wpływają na siebie wzajemnie w sposób, który mógłby determinować przyjęcie założenia, iż jeśli osoba posiada cechę A, to wyróżnia się również cechą B, choć oczywiście w przypadku państw o jednolitej strukturze narodowościowej można przyjąć założenie, że ich obywatele w znacznej większości przynależą do określonej grupy narodowej lub etnicznej (niemniej jednak w momencie, w którym dany przypadek dotyczy obywatelstwa, jego analiza pod kątem dyrektywy 2000/43 staje się bezprzedmiotowa). Można zatem stwierdzać, że omawiana dyrektywa nie znajdzie zastosowania w przypadku nierównego dostępu do dóbr i usług z uwagi na posiadanie obywatelstwa danego kraju, ale swoim zakresem podmiotowym obejmie przypadek dyskryminacji z uwagi na przynależność do danej wspólnoty narodowej (niezależnie od kwestii obywatelstwa).

1.2. Osoby prawne

Zgodnie z motywem szesnastym preambuły do dyrektywy 2000/43, państwa członkowskie powinny zapewnić ochronę osobom prawnym, gdy są one ofiarami dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne swoich członków. Nawiązanie do członków wynika zapewne z faktu, iż osoby prawne nie mogą posiadać jakiegokolwiek cechy osobistej będącej podstawą nierównego traktowania, gdyż są to wszakże przymioty mogące charakteryzować wyłącznie związane z nimi osoby fizyczne. Wskazywany motyw można rozumieć dwojako, tj. albo jako przyznanie państwom członkowskim kompetencji do swobodnego uznania w zakresie przyznania ochrony osobom prawnym albo jako doprecyzowanie rozumienia terminu osoba, którym posługują się przepisy dyrektyw, poprzez wskazanie, że odnosi się on również do osoby prawnej. Właściwe odczytanie charakteru motywu szesnastego preambuły jest istotne o tyle, o ile pozwala ustalić właściwy zakres podmiotowy zakazu dyskryminacji w prawodawstwie unijnym, choć oczywiście motyw ten nie tworzy sam w sobie normy, a jedynie wskazówkę przy wykładni postanowień dyrektywy.

Za przyjęciem pierwszego stanowiska przemawia literalna wykładnia przywoływanego motywu. Zgodnie z nim państwa członkowskie mają przy konstruowaniu ochrony przed dyskryminacją osób prawnych uwzględnić dwa czynniki, tj. potrzebę

wprowadzenia stosownych przepisów („w zależności od potrzeb”) oraz tradycję i krajową praktykę („zgodnie z”). Oba te czynniki pozwalają uznać, że prawodawca unijny pozostawił państwom członkowskim całkowitą swobodę uznania nie tyle co do kształtu takowej ochrony, ile co do samej zasadności jej wprowadzania w prawie krajowym. Nie dość, że same mają zdecydować, czy w ich porządku krajowym istnieje potrzeba uchwalenia stosownych przepisów, to w przypadku ich wprowadzenia mogą dowolnie ustalić ich kształt z uwagą na krajową tradycję lub praktykę (o ile takowe istnieją). Przyjęcie takiej wykładni oznaczałoby w oczywisty sposób, że UE nie ustanowiła żadnego minimalnego wymagania w zakresie ochrony osób prawnych. Stanowisko to potwierdza zresztą praktyka Komisji Europejskiej, która w sprawozdaniach z wykonania dyrektywy 2000/43²⁹² nie wskazuje, jakoby brak ochrony osób prawnych przed dyskryminacją w niektórych państwach członkowskich stanowił niepełną implementację przepisów dyrektywy.

Zastrzeżenia budzić może przy tym fakt, że to państwa członkowskie mają decydować o potrzebie istnienia stosownych uregulowań. Potrzeba taka leży bowiem u podstaw prawodawstwa antydyskryminacyjnego jako takiego, skoro art. 10 TFUE wyraźnie określa, że Unia dąży do zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na enumeratywnie wyliczone przesłanki, w tym rasę lub pochodzenie etniczne. Dyrektywa 2000/43, jak też i inne dyrektywy antydyskryminacyjne, wyraźnie wskazuje (w motywie dziewiątym preambuły), że dyskryminacja „może utrudnić osiągnięcie celów Traktatów WE, w szczególności doprowadzenie do (...) wzrostu poziomemu życia, spójności gospodarczej i społecznej oraz solidarności”, a także „zagrozić realizacji celu, jakim jest rozwój Unii Europejskiej jako przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości”. Uzasadnienie potrzeby wprowadzenia regulacji antydyskryminacyjnych jest zatem oczywiste i nierozzerwalnie związane z podstawowymi wartościami, na których opiera się Unia Europejska. Pojawia się w związku z tym poważna wątpliwość, na ile państwa członkowskie mają uprawnienie do samodzielnego badania potrzeby ustanowienia reguł określających zakres podmiotowy zakazu dyskryminacji, w sytuacji w której wyraźnie określono zakres przedmiotowy i cechy zakazanej dyferencjacji. Zazwyczaj ich swoboda dotyczy kwestii mniej fundamentalnych,

²⁹² Zob. np. sprawozdanie Komisji Europejskiej z dnia 17 stycznia 2014 z wykonania dyrektywy 2000/43, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/PL/1-2014-2-PL-F1-1.Pdf> [dostęp: 08.05.2018].

jak np. wybór sankcji za naruszenie zasady równego traktowania najbardziej odpowiednich z uwagi na krajowy porządek prawny²⁹³.

Wątpliwość ta prowadzi do konieczności rozważenia zasygnalizowanego wcześniej rozumienia motywu szesnastego preambuły jako dookreślenia terminu osoba, którym dyrektywa posługuje się wielokrotnie, chociażby przy określaniu zakresu przedmiotowego. W żadnym z przepisów dyrektywy nie ma przecież bezpośredniego odniesienia do osób fizycznych, choć oczywistym jest, że z uwagi na swój charakter niektóre z postanowień mogą dotyczyć wyłącznie ich (choćby art. 4 ustanawiający wyjątek istotnych i determinujących wymogów zawodowych). Uznanie omawianego rozumienia motywu szesnastego oznaczałoby zatem, że przepisy dyrektywy należy wyklądać z uwzględnieniem osób prawnych, o ile specyfika danego przepisu nie prowadzi do wniosku, że może on dotyczyć wyłącznie osób fizycznych. Tak też można rozumieć warunki udzielenia ochrony, tj. potrzebę wprowadzenia stosownych przepisów oraz tradycję i krajową praktykę. Nie muszą one wcale oznaczać całkowitej swobody, czyli badania generalnej potrzeby wprowadzenia przepisów ochronnych, ale jedynie dostosowanie wprowadzanej ochrony do krajowych potrzeb (np. inne krajowe instytucje zapewniają już efektywną ochronę) i tradycji związanych z tym, że to do prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich należy uznanie, kim jest osoba prawna.

Nie ma zatem żadnego uzasadnienia, by stosować jakiegokolwiek szczególne zasady w odniesieniu do osób prawnych, skoro potrzeba zapewnienia im ochrony przed dyskryminacją jest wyraźne wskazana w stosownych aktach prawa wtórnego. Trzeba bowiem mieć na względzie, że dyskryminacja osoby prawnej rodzi w istocie skutki dla osoby fizycznej i w zasadzie nierozdzielnie związana jest z jej cechą prawnie chronioną jako członkiem osoby prawnej. Odmowa przyznania ochrony osobie prawnej mogłaby zatem w pewnych przypadkach prowadzić do zawężenia lub pozbawienia takiej ochrony także osoby fizycznej dotkniętej skutkami nierównego traktowania, co byłoby, jak się zdaje, nieuzasadnioną zawężającą wykładnią przepisów o równym traktowaniu²⁹⁴. Widać to wyraźnie na przykładzie hipotetycznej sytuacji, w której osobie prawnej X odmawia się wykonania określonej usługi, ponieważ osoba A, pochodzenia romskiego, jest jednym z pięciu członków zarządu tejże osoby.

²⁹³ Por. np. art. 15 dyrektywy 2000/43.

²⁹⁴ Por. wyrok z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zashtita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480, pkt 56.

Z jednej strony poszkodowana jest osoba A, której godność została naruszona nierównym traktowaniem i która z tego tytułu mogłaby dochodzić stosownych roszczeń. W istocie jednak naruszono przede wszystkim interes osoby prawnej, która padła ofiarą dyskryminacji bezpośredniej, a przyznanie ochrony wyłącznie osobie A rodziłoby istotne problemy. Po pierwsze, roszczenie osoby A nie zrekompensowałyby osobie X naruszenia jej interesu, ponieważ mogłoby ze swej istoty naprawić wyłącznie szkodę lub krzywdę osoby A. Po drugie, naruszenie interesu osoby X jest również naruszeniem interesów pozostałych członków jej zarządu (zdają się one ofiarami dyskryminacji przez asocjacje²⁹⁵), a roszczenie osoby A ponownie nie mogłoby naprawiać wyrządzonej im szkody. Po trzecie wreszcie, szkoda osoby A oraz pozostałych członków zarządu wykracza poza naruszenie godności czy ich interesów jednostkowych, jeśli w związku z odmową wykonania usługi ponoszą one straty jako członkowie zarządu osoby X. Widać zatem, że nieprzyznanie ochrony przed dyskryminacją osobom prawnym może prowadzić do niepełnej ochrony osób fizycznych, którym powinna być ona przyznana w myśl przepisów dyrektywy 2000/43. Tym samym brak uznania istnienia na gruncie obowiązujących przepisów obowiązku zapewnienia ochrony osobom prawnym prowadziłby do nieosiągnięcia celu przepisów antydyskryminacyjnych.

Praktyka stosowania przepisów dyrektywy 2000/43, zarówno przez Komisję Europejską jak i państwa członkowskie, wskazuje jednak, że przyjęte jest pierwsze z zaprezentowanych stanowisk, tzn. jakoby wykładnia motywu szesnastego preambuły nie mogła prowadzić do uznania, że na państwach spoczywa obowiązek zapewnienia osobom prawnym ochrony przed dyskryminacją. Przy takiej wykładni nie można więc uznać, by w tym zakresie istniał unijny standard takiej ochrony. Jeśli bowiem prawodawca dał swobodę w zakresie objęcia tą ochroną osób prawnych, to znaczy, że nie ustanowił w tym zakresie jakiegokolwiek normy minimalnej. Można natomiast postawić tezę, że jeśli już krajowy ustawodawca zdecyduje się na rozszerzenie ochrony na osoby prawne, to musi stosować wobec nich te same normy, co wobec osób fizycznych. Nie zmienia to bowiem zakresu przedmiotowego dyrektywy czy jej przepisów dotyczących procedur ochronnych, a jedynie stanowi uzupełnienie zakresu podmiotowego zakazu dyskryminacji, oczywiście z dostosowaniem do specyfiki osób prawnych względem osób fizycznych (zastosowanie znajdują m.in. ciężar dowodu czy charakter prawny sankcji). Dopiero w tym ujęciu można by mówić o istnieniu unijnego standardu ochrony przed dyskryminacją względem osób prawnych,

²⁹⁵ Por. uwagi poczynione w rozdziale pierwszym (punkt 2.1).

tj. standardu tożsamego z tym dotyczącym osób fizycznych, aktualizującego się w momencie decyzji o szerokim ujęciu zakresu podmiotowego w prawie krajowym. Warto jednak podkreślić, że istotne argumenty przemawiają za przyjęciem drugiej z prezentowanych wykładni, tj. że w obowiązującym stanie prawnym da się wyprowadzić obowiązek objęcia osób prawnych ochroną przed dyskryminacją ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne. Dopiero przyjęcie tej wykładni stwarza możliwość pełnego osiągnięcia celów dyrektywy 2000/43.

Przyjęta interpretacja motywu szesnastego prowadzi do tego, że zakres uznania osób prawnych za podmioty doświadczające dyskryminacji jest bardzo zróżnicowany, przy czym wypada zauważyć, że wyłącznie w Danii²⁹⁶ i Szwecji²⁹⁷ zakres podmiotowy ustawodawstwa antydyskryminacyjnego jak na razie ich nie obejmuje. W systemach krajowych państw członkowskich można zasadniczo wyróżnić trzy modele ochrony osób prawnych przed nierównym traktowaniem, tj. uzależniający ją od indywidualnego nierównego traktowania osób fizycznych tworzących osobę prawną (model holenderski), odwołujący się do członków osoby prawnej w sposób przyjęty w dyrektywie 2000/43 (model polski) oraz rozszerzający krąg osób wchodzących w interakcje z osobą prawną, których nierówne traktowanie może stanowić podstawę dochodzenia roszczeń przez samą osobę prawną (model słowacki). W Holandii ochrona osób prawnych jest pozbawiona charakteru autonomicznego względem osób fizycznych. Co do zasady ochrona przed nierównym traktowaniem w prawie krajowym przysługuje bowiem wyłącznie osobom fizycznym. Krajowy organ do spraw równego traktowania uznał jednak w kilku swoich opiniach, że ofiarą dyskryminacji może paść również organizacja zrzeszająca osoby fizyczne w przypadku, gdy są one w związku z tym poddawane w pewien sposób zbiorowemu nierównemu traktowaniu (np. jako członkowie stowarzyszenia czy partii politycznej)²⁹⁸. Również w Finlandii dopuszcza się w ochronę osób prawnych w tożsamych przypadkach, tj. gdy dyskryminacja osoby prawnej może mieć bezpośredni wpływ na sytuację osób fizycznych tworzących tę osobę prawną²⁹⁹. Osoba prawna staje się

²⁹⁶ P. Justesen, *Country report. Non-discrimination. Denmark 2017*, s. 56,

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3678-2016-dk-country-report-nd> [dostęp 08.05.2018].

²⁹⁷ P. Norberg, *Country report. Non-discrimination. Sweden 2017*, s. 50,

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3684-2015-se-country-report-ln-final> [dostęp 08.05.2018].

²⁹⁸ R. Holtmaat, T. Loenen, *Country report. Non-discrimination. Netherlands 2017*, s. 54,

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3740-2016-nl-country-report-nd> [dostęp 08.05.2018].

²⁹⁹ R. Hiltunen, *Country report. Non-discrimination. Finland 2017*, s. 40,

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3874-2016-finland-country-report-pdf-1-16-mb> [dostęp 08.05.2018].

zatem w takim przypadku jedynie dysponentem praw osób fizycznych albo wyrazem zbiorowo naruszonych interesów.

W zdecydowanej większości kraje członkowskie przyznają jednak ochronę przed dyskryminacją osobom prawnym, traktując je jako podmioty równorzędne w tym zakresie osobom fizycznym. W Chorwacji ustawa posługuje się pojęciem każdej osoby przy ogólnym określeniu zakazu dyskryminacji, wymieniając później wprost osoby prawne przy określaniu m.in. uprawnień przysługujących z tytułu nierównego traktowania³⁰⁰, zaś słoweńska ustawa wskazuje jedynie, że ochrona przed dyskryminacją przysługuje osobom prawnym, gdy może zostać jej przypisana przyczyna nierównego traktowania³⁰¹. Podobne autonomiczne ujęcie osoby prawnej znajduje odzwierciedlenie w polskiej ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania³⁰². Jej art. 10 stanowi, że przepisy ustawy znajdują zastosowanie wobec osób prawnych, jeśli „naruszenie zasady równego traktowania następuje ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość ich członków”. Takie sformułowanie, choć co prawda zaczerpnięte wprost z preambuły dyrektywy 2000/43, budzi jednak wątpliwości interpretacyjne w zakresie określenia, kim są członkowie osoby prawnej³⁰³. Wydaje się to prostsze przy podmiotach, w których substrat osobowy odgrywa pierwszorzędną rolę (np. stowarzyszenia), ale nastręcza trudności przy podmiotach takich jak spółki prawa handlowego (np. spółka akcyjna), gdzie większy nacisk kładziony jest na substrat majątkowy i osiągnięcie określonych celów gospodarczych. Do prawa krajowego należy jednak rozstrzygnięcie, czy pod pojęciem członków osoby prawnej rozumieć należy osoby mające zasadniczy wpływ na działalność określonego podmiotu (np. członkowie stowarzyszenia wybierający członków zarządu), czy także osoby wchodzące w skład organów osoby prawnej i podejmujące w związku z tym pewne czynności w jej imieniu (np. członek zarządu spółki akcyjnej zawierający umowę o dostarczanie pewnych dóbr i usług – wszakże to z pochodzeniem rasowym tej osoby może być związana np. odmowa świadczenia danej usługi na rzecz spółki).

³⁰⁰ I. Bojic, *Country report. Non-discrimination. Croatia 2017*, s. 50,

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3683-2016-hr-country-report-nd> [dostęp 08.05.2018].

³⁰¹ N. Kogovsek-Salamon, *Country report. Non-discrimination. Slovenia 2017*, s. 48,

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3742-2016-si-country-report-nd> [dostęp 08.05.2018].

³⁰² Dz. U. 2010 nr 254, poz. 1700.

³⁰³ Zob. M.Kułąk, komentarz do art. 10, [w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, red. K. Śmiszek, K. Kędziora, Warszawa 2017, s. 183.

W niektórych państwach członkowskich ustawy antydyskryminacyjne wychodzą naprzeciw wątpliwościom dotyczącym rozumienia pojęcia członka. Chociażby w bułgarskiej ustawie antydyskryminacyjnej zawarto postanowienie idące dalej niż przepisy dyrektywy 2000/43, gdyż ochronę przyznano nie tylko w przypadku nierównego traktowania członków osoby fizycznej, ale również jej pracowników.³⁰⁴ W słowackiej ustawie, najdalej idącej w tym zakresie, zawarto odrębną definicję dyskryminacji osoby prawnej, określając ją jako sytuację nierównego traktowania nie tylko członków czy pracowników osoby prawnej, ale także wspólników, udziałowców, akcjonariuszy, członków organów czy osób działających w imieniu osoby prawnej albo osób, na rzecz której osoba prawna działa³⁰⁵. Takie szersze ujęcie, wykraczające daleko poza wyłącznie członków osoby prawnej, wydaje się jak najbardziej uzasadnione i użyteczne, gdyż zapewnia faktyczną ochronę osoby prawnej przed dyskryminacją, zauważając, że u podstaw jej nierównego traktowania może leżeć pochodzenie rasowe lub etniczne osób zaangażowanych w jej działalność w różnym charakterze. Nie ma bowiem znaczenia, jaką rolę dana osoba odgrywa, ponieważ nawet jeśli tylko incydentalnie zawiera umowę w imieniu osoby prawnej albo wchodzi w skład jakiegoś jej organu, to wpływa w jakimś stopniu na jej sytuację.

Specyfika osób prawnych rodzi również pewne wątpliwości w odniesieniu do zakresu przedmiotowego zakazu nierównego traktowania, który zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2000/43, obejmuje szerokie spektrum obszarów życia społecznego, tj. sferę związaną z działalnością zawodową (np. dostęp do zatrudnienia i prowadzenia działalności na własny rachunek czy też wstępowania i działania w organizacjach pracowników, pracodawców lub osób wykonujących określone zawody), ochronę społeczną (łącznie z zabezpieczeniem społecznym oraz świadczeniami społecznymi), opiekę zdrowotną, edukację, a także dostęp do dóbr i usług oraz ich dostarczenie, jeśli są publicznie dostępne, włącznie z zakwaterowaniem. Zakaz dyskryminacji osób prawnych okazuje się jednak bezprzedmiotowy w niektórych obszarach objętych działaniem dyrektywy 2000/43³⁰⁶. Nie budzi wątpliwości uznanie, że osoby prawne mogą paść ofiarą dyskryminacji w zakresie dostępu do dóbr i usług jako ich odbiorcy (zdaje się to zresztą z teoretycznego punktu widzenia

³⁰⁴ M. Ilieva, *Country report. Non-discrimination. Bulgaria 2017*, s. 50,

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3711-2016-bg-country-report-nd> [dostęp 08.05.2018].

³⁰⁵ J. Debreceniová, V. Durbakova, *Country report. Non-discrimination. Slovakia 2017*, s. 67,

<http://www.equalitylaw.eu/downloads/3714-2015-sk-country-report-ln-final> [dostęp 08.05.2018].

³⁰⁶ Zob. M. Kułak, *ibidem*, s. 180.

najczęstszym możliwym przypadkiem, o czym świadczy chociażby przywołany już wcześniej przykład ilustrujący zależność między dyskryminacją osób prawnych a nierównym traktowaniem osób fizycznych). Wątpliwe jest natomiast, by w pozostałym zakresie zakaz dyskryminacji osób prawnych faktycznie mógł mieć zastosowanie z dwoma wyjątkami dotyczącymi sfery zawodowej, tj. wykonywaniem działalności na własny rachunek oraz działania w organizacjach pracodawców. Z pewnością osoba prawna może doświadczyć dyskryminacji jako dostawca dóbr i usług, np. poprzez odmowę zawarcia umowy z uwagi na pochodzenie rasowe lub etniczne jej członków, co można interpretować jako nieuzasadnione ograniczanie jej dostępu do prowadzenia działalności na własny rachunek, w tym przypadku działalności gospodarczej, poprzez eliminowanie z obrotu na podstawie niedozwolonych kryteriów różnicowania. Nie ulega również wątpliwości, że osoba prawna może być pracodawcą, a zatem w teorii jest narażona na nierówne traktowania w zakresie dostępu do organizacji zrzeszającej pracodawców. Z natury rzeczy nie może jednak dojść do nierównego traktowania w zakresie przynależnym wyłącznie osobie fizycznej jako osobie prowadzącej działalność zawodową tj. warunków zatrudnienia i pracy (nie będą wchodziły w grę kwestie np. wynagradzania osoby prawnej za realizację dostawy dóbr lub usług), dostępu do zawodu (osoba prawna nie może sama wykonywać zawodu, a jedynie zrzeszać takie osoby) oraz szkolnictwa i poradnictwa zawodowego. Nie może również dojść do tej sytuacji w zakresie ochrony społecznej, zabezpieczenia społecznego oraz świadczeń społecznych, gdyż wszelkie wsparcie socjalne przysługuje z zasady wyłącznie osobom fizycznym w związku ze zdarzeniami o charakterze materialnym, emerytalnym czy zdrowotnym, które nie mogą dotyczyć osoby prawnej. Z kolei w przypadkach związanych z opieką zdrowotną czy edukacją może dojść do dyskryminacji osoby prawnej wyłącznie jako odbiorcy określonych usług edukacyjnych lub zdrowotnych dla osób fizycznych powiązanych z osobą prawną, skoro sama nie może być uczniem, studentem czy pacjentem, a więc jeśli jest nierówno traktowana w zakresie dotyczącym edukacji lub opieki zdrowotnej, to w istocie jest to przypadek dotyczący dostępu do dóbr lub usług.

W kwestii zakresu przedmiotowego pojawia się również pytanie, czy wszystkie formy dyskryminacji znajdują zastosowanie w przypadku nierównego traktowania osób prawnych ze względu na ich specyfikę na tle osób fizycznych. Z pewnością mogą one paść ofiarą dyskryminacji bezpośredniej, np. jeśli podstawą odmowy wykonania usługi na rzecz określonego podmiotu jest fakt, że zrzesza ono lub działa na rzecz osób o określonym pochodzeniu narodowym lub etnicznym. Zgodnie jednak z przyjętą w prawie unijnym

komparatywną teorią dyskryminacji³⁰⁷ dla stwierdzenia tej bezpośredniej formy nierównego traktowania konieczne jest porównanie sytuacji podmiotu dyskryminowanego z komparatorem, co w wypadku osób prawnych rodzi doniosłe wątpliwości związane z kwestią odniesienia do osób fizycznych oraz formy prawnej. Po pierwsze, pojawia się pytanie, czy komparatorem dla osoby prawnej może być osoba fizyczna. Jak się zdaje, nie należy *prima facie* wykluczać tej możliwości mimo oczywistych różnic między tymi podmiotami w kwestii ich statusu prawnego, gdyż dyskryminacja osoby prawnej sprowadza się w istocie do nierównego traktowania osoby fizycznej. Jak podnoszono już wyżej, osoba prawna może być dyskryminowana w sposób oczywisty ze względu na cechy osobiste jej członków, co mogłoby prowadzić do uznania, że badanie porównywalności sytuacji nie będzie się w tym przypadku różniło się niczym od przypadku nierównego traktowania osoby fizycznej i będzie w istocie polegało na zestawieniu położenia pewnej osoby fizycznej z członkiem osoby prawnej, którego cecha stała się podstawą zróżnicowania. Należy jednak mieć jednocześnie na uwadze, że porównanie to nie sprowadza się wyłącznie do kwestii posiadania lub nie określonej cechy dystynktywnej, gdyż na sytuację danego podmiotu składa się również chociażby jego sytuacja ekonomiczna, która może mieć znaczenie przy ocenie, czy doszło do naruszenia zakazu dyskryminacji. Wówczas porównanie odnosiłoby się już nie do pojedynczego członka, ale do całej osoby prawnej, co zdaje się wykluczać przyjęcie rozważanego założenia. Po drugie, skoro komparatorem dla osoby prawnej powinna być inna osoba prawna, to należy rozstrzygnąć problem, czy powinny mieć one tę samą formę prawną, czy też np. można by dokonać porównania między stowarzyszeniem a spółką osobową. Rozwiązanie zależne jest jednak, jak się zdaje, od rozstrzygnięcia pierwotnego problemu odnoszącego się do zakresu podmiotowego, a więc ustalenia, kim jest członek osoby prawnej w rozumieniu przepisów statuujących zakaz dyskryminacji. Można by bowiem wysunąć tezę, iż jeśli prawo dopuszczałoby uznanie za członków osób fizycznych funkcjonujących w ramach osób prawnych w różnych formach organizacyjnych, to należałoby uznać za dopuszczalne dokonanie porównania między tymi formami, o ile różnice w statusie prawnym nie są w danym przypadku i w danym porządku krajowym relewantne. Oznacza to, że czynnikiem decydującym dla ustalenia komparatora powinna być możliwość wyróżnienia w ramach danej organizacji osób fizycznych mogących zostać uznanymi za jej członków.

³⁰⁷ Por. uwagi poczynione w rozdziale pierwszym (punkt 2.1 oraz 2.2.1).

Osoba prawna może również potencjalnie zostać nierówno potraktowana w sposób pośredni. W tym przypadku wątpliwości co do wykładni stosownych przepisów dyrektywy 2000/43 związane są ze swoistym kolektywnym charakterem tej formy nierównego traktowania. Jak już wskazywano w rozdziale pierwszym, TSUE uznaje, że do dyskryminacji pośredniej dochodzi, gdy zastosowane środki faktycznie działają na niekorzyść znacznie większej liczby osób posiadających daną cechę w proporcji do osób jej nieposiadających³⁰⁸. Skoro w sygnalizowanym przypadku ochrona ma przysługiwać osobie prawnej a nie osobie fizycznej, to istotne zdaje się oddzielenie przy rozpatrywaniu zarzutu pośredniego nierównego traktowania osoby prawnej od jej członka o określonym pochodzeniu narodowym lub etnicznym. Idąc tym tokiem rozumowania, należy stwierdzić, że pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka nie może zatem prowadzić do niekorzystnej sytuacji po prostu osób danego pochodzenia, ale ogólnie osób prawnych, których członkami są osoby o określonym pochodzeniu. Pojawia się jednak pytanie, na ile możliwe jest oddzielenie dyskryminacji pośredniej osoby prawnej od nierównego traktowania jej członka. Po pierwsze, należy rozważyć, czy kwestionowane kryterium ma dyskryminować wyłącznie jedną kategorię podmiotów, czy też należałoby dopuścić istnienie takich środków, które zarazem będą mogły nierówno traktować osoby prawne jak i fizyczne. Jak się zdaje, należy dopuścić ich istnienie przynajmniej na poziomie teoretycznym, gdyż może okazać się, że kryterium dyskryminujące członka osoby prawnej jako po prostu osobę będzie jednocześnie prowadziło do nierównego traktowania osoby prawnej poprzez naruszenie jej interesów, np. jeśli członek będzie chciał w jej imieniu nabyć określone dobra, ale spotka się z przeszkodą z uwagi na swoją cechę osobistą. Po drugie, należy rozważyć, czy istotną okolicznością byłaby możliwość nabycia tych dóbr przez innego członka, nieposiadającego cechy prowadzącej w danym przypadku do nierównego traktowania. Jest to jednak okoliczność irrelevantna z uwagi na literalne brzmienie przepisu definiującego dyskryminację pośrednią, zgodnie z którym istotne jest nie faktyczne pokrzywdzenie osoby prawnej, ale sam fakt, że pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej dla niej sytuacji. Należy wobec tego uznać, że do dyskryminacji pośredniej doszłoby z uwagi na sam fakt istnienia środka, który w przypadku dokonywania czynności prawnej przez któregoś z członków doprowadziłby do nierównego traktowania, mimo że faktycznie nie musiałyby dojść do pokrzywdzenia osoby prawnej.

³⁰⁸ Wyrok TSUE z dnia 18 marca 2014 r. w sprawie C-363/12, *A Government department p. The Board of management of a community school*, ECLI:EU:C:2014:159, pkt 53.

W związku z tym, że zarówno dyskryminacja bezpośrednia, jak i pośrednia, mogą w omawianych przypadkach znaleźć zastosowanie, zakres przedmiotowy obejmować musi również „każde zachowanie polegające na zmuszaniu kogokolwiek do praktykowania wobec osób zachowań dyskryminacyjnych ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne” (art. 2 ust 4 dyrektywy 2000/43). Jest to oczywiste, ponieważ jeśli choćby jedna z form dyskryminacji jest możliwa, to możliwe jest również zachęcanie do podejmowania określonych działań wyczerpujących jej znamiona. Nie można natomiast uznać, by osoba prawna mogła doświadczyć molestowania, skoro mimo że z pewnością posiada ona pewne określone dobra osobiste, nie ma godności, która przypisywana jest wyłącznie osobom fizycznym, a która stanowi jeden z elementów definicyjnych molestowania. Poza tym, wrogą czy poniżającą atmosferę można stworzyć wyłącznie wobec osób współdziałających w ramach tworu jakim jest osoba prawna, nie zaś wobec niej samej, gdyż nie posiada ona jakichkolwiek cech psychicznych.

Uznanie możliwości bezpośredniego oraz pośredniego nierównego traktowania prowadzi również do postawienia pytania, czy osoba prawna może doświadczyć nierównego traktowania przez asocjację (asumpcja, a zatem błędne przypisanie cechy prawnie chronionej wydaje się bezsporne w tym przypadku). Ujmując asocjację szeroko, można by uznać, że leży ona w istocie u podstaw dyskryminacji osób prawnych, które przecież same w sobie nie posiadają cech osobistych stanowiących zakazane kryterium różnicowania. Odrębną kwestią jest natomiast, czy osoba prawna może być nierówno traktowana nie ze względu na cechę swojego członka, ale z uwagi na pochodzenie narodowe lub etniczne osób, z którymi pozostaje w pewnych relacjach. W orzeczeniu w sprawie *CHEZ* potwierdzono, że relacje te nie muszą mieć wyłącznie charakteru osobistego, jak było to w przypadku wyroku w sprawie *Coleman*, ale mogą mieć charakter luźniejszych interakcji niezwiązanych ze stosunkami rodzinnymi lub prywatnymi. W przypadku osób prawnych spełnienie warunku osobistego wymiaru relacji zdawałoby się niemożliwe, chyba że uznać by, iż osobiste relacje członka osoby prawnej z osobami o określonym pochodzeniu mogą stać się przyczyną nierównego traktowania osoby prawnej jako odrębnej jednostki z uwagi na jej specyficzną relację z członkiem. Nie ulega tymczasem wątpliwości, że osoba prawna może wchodzić w luźniejsze relacje z różnymi podmiotami, chociażby kontrahentami czy grupami, do których skierowana jest jej działalność, a zatem teoretycznie pochodzenie narodowe lub etniczne tych osób może stać się podstawą nierównego traktowania osoby prawnej przez asocjację.

2. Zakres przedmiotowy

2.1. Pojęcia dobra, usługi i zakwaterowania

Dla właściwego określenia zakresu przedmiotowego zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług w pierwszej kolejności należy oczywiście zdefiniować pojęcia dobra i usługi. Pierwsze z nich nie zostało dookreślone ani w aktach prawa pierwotnego ani wtórnego, lecz w orzecznictwie TSUE, który w wyroku *KE przeciwko Republice Włoskiej* uznał za towary (a więc pojęcie synonimiczne wobec dóbr) produkty spełniające dwa kryteria – po pierwsze, ich wartość daje się określić w pieniądzu, a po drugie mogą one stanowić przedmiot transakcji o charakterze komercyjnym³⁰⁹. Usługi zdefiniowano z kolei w art. 57 TFUE, zgodnie z którym są nimi „świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowienia o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób”, zaś jako przykład usług przytaczany przepis wymienia działalność o charakterze przemysłowym czy handlowym, działalność rzemieślniczą, a także wykonywanie wolnych zawodów. Obok dóbr i usług dyrektywy 2000/43 i 2006/54 posługują się również pojęciem zakwaterowania, w związku z czym rodzi się pytanie, czemu ma służyć to szczególne wyróżnienie. Jak się zdaje, jego celem może być jedynie klarowniejsze określenie zakresu przedmiotowego poprzez wyraźne wskazanie jednego z obszarów życia, ale może również wynikać ze specyficznego charakteru zakwaterowania, które w zależności od okoliczności może być albo usługą (np. wynajem pokoju) albo towarem (np. sprzedaż mieszkania).

W tym kontekście definicyjnym pojawia się jednak znacząca wątpliwość co do zakresu znaczeniowego wskazywanych terminów, mimo że są one związane z podstawowymi swobodami rynku wewnętrznego i w związku z tym powinny mieć ugruntowane znaczenie. Sygnalizowana wątpliwość wynika z faktu, że z dwóch dyrektyw odnoszących się do omawianego obszaru życia wyłącznie dyrektywa 2004/113 zawiera wskazówkę interpretacyjną co do przytaczanych definicji. Zgodnie z motywem jedenastym jej preambuły „za towary uważa się te w znaczeniu zgodnym z przepisami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską odnoszącymi się do swobodnego przepływu towarów”, zaś za usługi „uważa się te w znaczeniu zgodnym z art. 50 (...) traktatu [MK – ustanawiającego Wspólnotę Europejską]” (obecnie art. 57 TFUE). Dyrektywa 2000/43 nie zawiera z kolei analogicznej wskazówki, co prowokuje postawienie pytania, czy w przypadku dyskryminacji rasowej

³⁰⁹ Wyrok TSUE z dnia 10 grudnia 1968 r. w sprawie 7/68, *Komisja Europejska p. Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1968:51.

pojęcia te nie powinny być zatem interpretowane szerzej niż przewidują to przepisy prawa pierwotnego i orzecznictwo TSUE w odniesieniu do swobód rynku wewnętrznego.

Zdaniem J. Ringelheim kluczowe przy pytaniu o relację dyrektywy 2000/43 do art. 57 TFUE są kwestie działania Unii w ramach przyznanych jej kompetencji³¹⁰, obowiązku interpretacji przepisów prawa wtórnego w świetle aktów prawa pierwotnego, a także fakt, że przepisy ustanawiające zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług zdają się dotyczyć sytuacji wewnętrznych, a więc niezależnych od wystąpienia elementu transgranicznego³¹¹(co z kolei oznacza, iż poza spektrum rozważań należy pozostawić kwestie takie jak reguły pochodzenia towaru czy czasowość wykonywania usługi). J. Ringelheim zwraca jednak uwagę, że gdyby wziąć wszystkie te czynniki pod uwagę, interpretując je w sposób ścisły, okazałyby się, że usługi dostępne publicznie, ale niemające charakteru czysto ekonomicznego i nieświadczony w związku z tym zawsze za wynagrodzeniem, takie jak chociażby darmowy dostęp do publicznych muzeów czy bibliotek, byłyby wyłączone z zakresu przedmiotowego omawianej dyrektywy. Jednocześnie słusznie zauważa, że pomiędzy przepisami odnoszącymi się do swobód rynku wewnętrznego a tymi dotyczącymi zakazu dyskryminacji występuje istotna różnica związana z ich celem – podczas gdy te pierwsze zwracają uwagę przede wszystkim na kwestie rynkowe, drugie skupiają się na zasadzie równego traktowania stanowiącej jeden z fundamentów Unii³¹².

Należy zgodzić się z poglądem J. Ringelheim, iż ta zasadnicza różnica celów uzasadnia również odmienne podejście do rozumienia usług. Przepisy o swobodnym przepływie usług mają być elementem konstrukcyjnym rynku wewnętrznego, w związku z czym zasadne jest, by odnosiły się wyłącznie do czynności o charakterze komercyjnym. Przepisy statuujące zakaz dyskryminacji odnoszą się z kolei do celów i wartości takich jak wzrost poziomu jakości życia, spójność społeczna oraz solidarność³¹³, które niekoniecznie muszą być traktowane w kategoriach ekonomicznych, w związku z czym ograniczenie zastosowania dyrektywy 2000/43 do usług świadczonych odpłatnie utrudniałoby w istocie osiągnięcie jej celów, o ile oczywiście mowa o usługach dotyczących obszarów życia, w których Unii przyznano kompetencje do działania. Stanowisko to zdaje się potwierdzać

³¹⁰ Por. Art. 19 TFUE.

³¹¹ J. Ringelheim, *The Prohibition of Racial and Ethnic Discrimination in Access to Services under EU Law*, *European Anti-Discrimination Law Review* nr 10/2010, s. 13.

³¹² *Ibidem*, s. 14.

³¹³ Por. motywy dziewiąty preambuły do dyrektywy 2000/43.

również kilkakrotnie już przytaczany pogląd TSUE, wedle którego przepisów o równym traktowaniu bez względu na rasę lub pochodzenie etniczne nie należy interpretować w sposób zawężający³¹⁴.

J. Ringelheim odnosiła się w swoim rozważaniach wyłącznie do pojęcia usług, ale można uznać, iż jej argumentacja jest relewantna również w odniesieniu do dóbr, jakkolwiek wnioski z jej analizy prowadzą do postawienia pytania o niespójność zakresów przedmiotowych dyrektyw 2000/43 oraz 2004/113. Uznanie bowiem, że pierwsza z nich znajduje zastosowanie również do usług świadczonych nieodpłatnie, co w świetle wyżej zaprezentowanej argumentacji wydaje się słuszną interpretacją, byłoby kolejnym dowodem na swoiste hierarchizowanie cech prawnie chronionych przed prawodawcą europejskiego, skoro ochrona przed dyskryminacją ze względu na rasę lub pochodzenie etniczne byłaby w sposób istotny silniejsza niż w przypadku nierównego traktowania z uwagi na płeć. W wymiarze praktycznym oznaczałoby to także, iż ewentualne zawężenie w prawie krajowym pojęcia usług czy dóbr wyłącznie do zgodnego z art. 57 TFUE stanowiłby błędną implementację dyrektywy 2000/43³¹⁵. Co ciekawe, Komisja Europejska w sprawozdaniu z wykonania dyrektywy 2000/43 zdaje się nie zauważać omówionych wyżej wątpliwości, odwołując się do pojęcia usług „w rozumieniu nadanym temu pojęciu w traktatach i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”³¹⁶. Problem polega jednak na tym, że TSUE nie miał jeszcze okazji odnieść się do koncepcji ewentualnego szerszego

³¹⁴ Wyrok TSUE z dnia 12 maja 2011 r. w sprawie C-391/09, *Runevič-Vardyn i Wardyn p. Vilniaus miesto savivaldybės administracija i inni*, ECLI:EU:C:2011:291, pkt 43.

³¹⁵ Por. art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz. U. 2016, poz. 1219.

³¹⁶ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady, Wspólne sprawozdanie w sprawie zastosowania dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne („dyrektywa w sprawie równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe”) oraz dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy („dyrektywa w sprawie równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy”), COM(2014) 2 final, s. 13.

rozumienia tego terminu na gruncie dyrektywy rasowej, rozpatrując jedynie sprawy odnoszące się do dostarczania energii elektrycznej³¹⁷ czy udzielania kredytu³¹⁸.

Pojawia się również pytanie, czy zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług obejmuje także usługi świadczone w ogólnym interesie. Zarówno dyrektywa 2000/43 jak i 2004/113 milczą na ten temat, natomiast proponowany motyw jedenasty preambuły do tzw. dyrektywy horyzontalnej miał stanowić, iż „dyrektywa powinna (...) pozostawać bez uszczerbku dla zasadniczej roli i szerokiego zakresu uprawnień państw członkowskich w zakresie zapewniania, zlecenia i organizowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym”³¹⁹. W komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów (Ramy jakości dotyczące usług świadczonych w interesie ogólnym) dokonano w omawianym zakresie przejrzystego zdefiniowania pojęć, przydatnego w szczegółowym określeniu zakresu przedmiotowego zakazu dyskryminacji³²⁰. Usługi świadczone w interesie ogólnym, mogące mieć charakter działalności gospodarczej lub pozagospodarczej, Komisja określiła jako „usługi, które władze publiczne państw członkowskich zaliczają do usług służących dobru ogółu i które w związku z tym podlegają szczególnym obowiązkom użyteczności publicznej”. Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, do których odnoszą się art. 14 TFUE oraz Protokół (nr 26) w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym³²¹, zdefiniowano z kolei jako „sektor działalności gospodarczej, który oferuje usługi w ogólnym interesie publicznym, które nie byłyby świadczone (lub byłyby świadczone na innych warunkach, jeżeli chodzi o jakość, bezpieczeństwo, przystępność cenową, równe traktowanie czy powszechny dostęp) na rynku bez interwencji publicznej”, natomiast usługi socjalne świadczone w interesie ogólnym jako usługi obejmujące „systemy zabezpieczenia społecznego pokrywające najistotniejsze z życiowych zagrożeń i szereg innych podstawowych usług świadczonych bezpośrednio osobom fizycznym, pełniących rolę zapobiegawczą i przyczyniając się do osiągnięcia spójności społecznej oraz włączenia społecznego tych osób”.

³¹⁷ Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zasztitata ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480.

³¹⁸ Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 2017 r. w sprawie C-668/15, *Jyske Finans A/S p. Ligebehandlingsnævnet*, ECLI:EU:C:2017:278.

³¹⁹ COM/2008/0426, s. 16.

³²⁰ KOM(2011) 900 wersja ostateczna, s.3-4.

³²¹ Dz. Urz. C 326, s. 308.

Nie ulega wątpliwości, że usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym są co do zasady objęte zakresem zastosowania art. 57 TFUE z uwagi na swój gospodarczy charakter, a zatem wchodzi jednocześnie w zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji, podczas gdy usługi socjalne świadczone w interesie ogólnym nastroczają większych trudności³²². TSUE stwierdził bowiem w orzeczeniu w sprawie *INAIL*, iż społeczny wymiar określonej działalności nie jest sam w sobie wystarczającą podstawą do odmówienia jej przymiotów działalności o charakterze ekonomicznym (sprawa dotyczyła podmiotu operującego w imieniu i pod nadzorem państwa systemem obowiązkowych ubezpieczeń od wypadków przy pracy)³²³. Konieczne może okazać się zatem badanie, czy w prowadzonej działalności przeważają elementy socjalne czy ekonomiczne – jeśli to pierwsze z nich okażą się dominujące, usługa świadczone w interesie ogólnym nie będzie spełniała kryteriów uznania za usługę w rozumieniu art. 57 TFUE, lecz jeśli przeważać będą czynniki gospodarcze, to może się okazać, iż je spełni pomimo występujących elementów socjalnych.

Usługi socjalne niespełniające kryteriów traktatowych nie mogą z pewnością wchodzić w zakres przedmiotowy zakazu nierównego traktowania ze względu na płeć, skoro dyrektywa 2004/113 odnosi się do traktatowej interpretacji pojęcia usługi. Powraca jednak w związku z tym wątpliwość w przypadku zakazu dyskryminacji ze względu na rasę lub pochodzenie etniczne, skoro, jak już wskazano wcześniej, dyrektywa 2000/43 analogicznego odwołania czy analogicznej wskazówki interpretacyjnej nie zawiera. Jak się jednak zdaje, unijne prawo antydyskryminacyjne wykazuje w tym względzie swoistą komplementarność, gdyż wskazywana kategoria usług świadczonych w ogólnym interesie jest przynajmniej w pewnym zakresie objęta zakazem dyskryminacji w innych obszarach życia, do których odwołują się właściwe akty prawa wtórnego, np. ochrona społeczna na podstawie art. 3 ust. 1 pkt e dyrektywy 2000/43 czy też systemy zabezpieczenia społecznego pracowników w odniesieniu do równego traktowania ze względu na płeć na podstawie art. 1 dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia

³²² Por. motyw siedemnasty preambuły do dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. L 376/36), który stwierdza: „Usługi świadczone w interesie ogólnym nie są objęte definicją w art. 50 Traktatu [MK – ustanawiającego Wspólnotę Europejską], nie są zatem objęte zakresem zastosowania niniejszej dyrektywy. Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym są usługami świadczonymi z powodów ekonomicznych i w związku z tym są objęte zakresem zastosowania niniejszej dyrektywy.”

³²³ Wyrok TSUE z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas p. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, ECLI:EU:C:2002:36, pkt 37.

w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana)³²⁴. Należy w związku z tym uznać, że o ile dyrektywa 2000/43 faktycznie dopuszcza szersze rozumienie pojęcia usług niż wynikające z art. 57 TFUE, o tyle nie obejmuje ona swoim zakresem przedmiotowych usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym.

2.2. Wyłączenia z zakresu przedmiotowego

Dla poprawnego określenia zakresu przedmiotowego zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług konieczne jest również omówienie przewidzianych przez dyrektywy wyłączeń mających wpływ na rozumienie omawianych wyżej pojęć. Przede wszystkim przytaczane akty prawa wtórnego odnoszą się wyłącznie do dóbr i usług dostępnych publicznie. Pojęcie to nie budzi raczej wątpliwości, gdyż chodzi w tym wypadku o dobra i usługi dostępne teoretycznie dla nieokreślonej liczby odbiorców. Dyrektywy wskazują również, iż w kontekście zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług ważne jest poszanowanie życia rodzinnego i prywatnego oraz dokonywanych w tym zakresie transakcji (dyrektywa 2000/43) lub działań wykonywanych w tym kontekście (dyrektywa 2004/113). Jak podnosi Komisja Europejska w swoim sprawozdaniu ze stosowania dyrektywy Rady 2004/113, nie znajduje ona zatem zastosowania „gdy oferta towarów lub usług nie pojawia się w przestrzeni publicznej (np. poprzez ogłoszenie w gazecie lub na publicznie dostępnej stronie internetowej), lecz towar lub usługa oferowane są ograniczonemu kręgowi osób (członkom rodziny, przyjaciołom, współpracownikom lub innym znajomym)”³²⁵ – podobną argumentację Komisja zaprezentowała w sprawozdaniu do dyrektywy 2000/43³²⁶. Co więcej, zdaniem Komisji „wyłączenie to obejmuje sytuacje, w których bliskość stosunków z osobą oferującą towary i usługi ma większy wpływ na wybór kontrahenta niż zwykle względy ekonomiczne”. Komisja

³²⁴ Dz. Urz. L 204/23.

³²⁵ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, Sprawozdanie ze stosowania dyrektywy Rady 2004/113/WE wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług, COM(2015) 190 final, s. 4.

³²⁶ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady, Wspólne sprawozdanie w sprawie zastosowania dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne („dyrektywa w sprawie równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe”) oraz dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy („dyrektywa w sprawie równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy”), COM(2014) 2 final, s. 13.

podaje w tym kontekście przykład sytuacji, gdy osoba prywatna wynajmuje pokój we własnym mieszkaniu – „w takich przypadkach wyłączenie wydaje się mieć zastosowanie, nawet jeżeli oferta wynajmu pokoju została opublikowana w prasie lub w Internecie”.

Przywoływany przykład należałoby jednak wyjaśnić w sposób bardziej szczegółowy i poddać go analizie w zależności od tego, czy właściciel mieszkania w dalszym ciągu zamieszkiwałby w tym mieszkaniu. Gdyby wynajmował tylko jeden z pokoi, ale w dalszym ciągu sam zajmował część lokalu, to faktycznie można by uznać, iż z wyborem współlokatora wiążą się w dużym stopniu względy inne niż ekonomiczne, skoro właściciel w dalszym ciągu również zamierza korzystać z lokalu (w sposób bardziej ogólny można te rozważania odnieść do każdej rzeczy mającej być przedmiotem współużytkowania). Jak się jednak zdaje, sytuację należałoby ocenić inaczej, gdyby właściciel nie zamierzał w dalszym ciągu sam użytkować lokalu. W takim przypadku staje się on po prostu towarem oferowanym publicznie, z którym co prawda mogą być związane pewne kwestie emocjonalne, ale z pewnością już nie te związane ze sferą ściśle osobistą, skoro centrum życiowe właściciela znajduje się najwyraźniej w innym miejscu. Oczywiście przy wyborze strony umowy może on kierować się względami finansowymi czy związanymi ze sposobem użytkowania lokalu, ale podstawy wyboru kontrahenta w takim wypadku nie mogą stanowić płeć, rasa lub pochodzenie etniczne (lub stereotypowo przypisywane im inne cechy osobiste). Warto jednak w tym względzie zwrócić uwagę na projekt tzw. dyrektywy horyzontalnej, w którym proponowano, by nie znajdowała ona zastosowania do „transakcji gospodarczych zawieranych przez poszczególne osoby, jeżeli transakcje te nie wchodzą w zakres ich działalności zawodowej lub gospodarczej” (motyw szesnasty do preambuły)³²⁷. Takie rozumienie oznaczałoby, że dyrektywa nie znajdowałaby zastosowania w przypadku umów zawieranych incydentalnie związanych z majątkiem prywatnym osób dokonujących transakcji, takich jak wspomniany wyżej wynajem pokoju w mieszkaniu czy sprzedaż samochodu (oczywiście o ile nie są one zawierane w związku z działalnością profesjonalną, aczkolwiek można by się zastanowić, czy wyłączenie to obejmowałoby również np. sprzedawcę aut sprzedającego swój prywatny samochód). Oczywiście pojawia się pytanie, czy analogiczny wniosek interpretacyjny można wysnuć co do obowiązujących przepisów dyrektyw 2000/43 oraz 2004/113, co miałyby niebotyczne znaczenie dla właściwego określenia zakresu przedmiotowego. Brak stosownych sformułowań w ich preambułach czy przepisach

³²⁷ COM/2008/0426, s. 16.

określających zakres przedmiotowy nie pozwala wyciągnąć takiego wniosku. W ich przypadku granicą wyznaczającą zakres zastosowania nie jest bowiem kwestia prowadzenia lub nie działalności gospodarczej, ale poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Istotna będzie zatem nie okoliczność, czy dana osoba prowadzi działalność gospodarczą lub zawodową związaną z oferowanymi dobrami lub usługami, ale kwestia, czy oferuje je w zakresie swojej sfery prywatnej lub rodzinnej.

Dyrektywa 2004/113 zawiera również szereg innych wyłączeń przedmiotowych odnoszących się do kryterium płci. Zgodnie z art. 3 ust. 3 dyrektywy nie znajduje ona zastosowania do „treści zawartych w środkach masowego przekazu, w ogłoszeniach ani do kształcenia”. Według art. 3 ust. 4 dyrektywa nie znajduje zastosowania również w przypadku zatrudnienia, wykonywania zawodu oraz „prowadzenia działalności na własny rachunek w zakresie, w jakim jest ono uregulowane w innych aktach prawnych Wspólnoty”, co wydaje się oczywiste z uwagi na fakt, iż kwestie związane ze sferą pracy są objęte zakresem zastosowania innych przepisów prawa wtórnego. W motywie piętnastym preambuły do dyrektywy wyjaśniono zresztą, iż „istnieje już szereg instrumentów prawnych dotyczących wprowadzania w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w dziedzinie zatrudnienia i wykonywania zawodu”, w związku z czym „niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zastosowania w tym zakresie”, lecz „jedynie do ubezpieczeń i emerytur, które są prywatne, dobrowolne i niezwiązane ze stosunkiem pracy”. W art. 3 ust. 3 dyrektywy 2004/113 zaznaczono z kolei, iż nie narusza ona „swobody jednostki do wyboru partnera umownego, jeśli tylko wybór partnera umownego nie jest oparty na płci tej osoby”, skoro zgodnie z motywem czternastym preambuły „każdy, kto dostarcza towar lub usługę, może mieć szereg subiektywnych powodów swojego wyboru partnera umownego”. Poza tym art. 4 ust. 5 stwierdza, że „niniejsza dyrektywa nie wyklucza różnic w traktowaniu, jeżeli dostarczanie towarów i usług wyłącznie lub głównie przedstawicielom jednej płci jest uzasadnione celem zgodnym z prawem, a środki do osiągnięcia tego celu są właściwe i niezbędne”. Jako przykłady słusznego celu motyw szesnasty preambuły podaje „ochronę ofiar przemocy na tle seksualnym (w takich przypadkach jak zakładanie schronisk dla przedstawicieli jednej płci), konieczność ochrony prywatności i przyzwoitości (w takich przypadkach jak udostępnianie zamieszkania przez osobę w części domu tej osoby), promowanie równości płci lub interesów mężczyzn lub kobiet (na przykład dobrowolne instytucje reprezentujące jedną płć), swoboda zrzeszania się (w przypadkach członkostwa w prywatnych klubach jednej płci) i organizacja działań sportowych (na przykład wydarzenia sportowe dla przedstawicieli jednej płci)”.

W dyrektywie 2004/113 dużo uwagi poświęcono również czynnikom aktuarialnym, nakładając w art. 5 ust. 1 na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, że „we wszystkich nowych umowach zawartych najpóźniej po 21 grudnia 2007 r. użycie płci jako czynnika w kalkulowaniu składek i świadczeń do celów ubezpieczenia i związanych usług finansowych nie powoduje różnic w składkach i odszkodowaniach poszczególnych osób”, zaznaczając wyraźnie w ust. 3, iż „w żadnym wypadku koszty związane z ciążą i macierzyństwem nie powodują różnic w składkach i świadczeniach poszczególnych osób”. Jednocześnie przyznano państwom członkowskim w art. 5 ust. 2 prawo do zezwolenia „na proporcjonalne różnice w składkach i świadczeniach poszczególnych osób, w przypadkach, w których użycie płci jest czynnikiem decydującym w ocenie ryzyka opartego na odpowiednich i dokładnych danych aktuarialnych i statystycznych” (motyw dziewiętnasty preambuły do dyrektywy opisuje je jako „wiarygodne, regularnie uaktualniane i ogólnodostępne”). Jak wyjaśniono w motywie osiemnastym preambuły, „stosowanie czynników aktuarialnych związanych z płcią jest szeroko rozpowszechnione w przepisach ubezpieczeniowych i innych związanych z usługami finansowymi”, ale „w celu zapewnienia równego traktowania mężczyzn i kobiet stosowanie płci jako czynnika aktuarialnego nie powinno powodować różnic w odniesieniu do składek i świadczeń”. W motywie dziewiętnastym zastrzeżono jednakże, iż „ pewne kategorie ryzyka mogą być różne w zależności od płci”, która „w niektórych przypadkach (...) stanowi jeden, lecz niekoniecznie jedyny czynnik decydujący przy ocenie ryzyka ubezpieczeniowego”.

W tym kontekście należy wskazać na wyrok TSUE w sprawie *Test-Achats* dotyczący zgodności przywoływanego wyżej art. 5 ust. 2 dyrektywy z zasadą równości kobiet i mężczyzn, w którym uznano, iż przepis ten, zezwalający bez ograniczenia czasowego na utrzymywanie wyjątku od reguły jednolitości składek oraz świadczeń bez względu na płeć jest niezgodny z przepisami KPP ustanawiającymi zasadę niedyskryminacji (art. 21) i zasadę równości kobiet i mężczyzn (art. 23)³²⁸. Jak podnosiła w swojej opinii rzeczniczka generalna J. Kokott, przy ocenie ryzyka ubezpieczeniowego istotną rolę odgrywają czynniki takie jak okoliczności społeczne i gospodarcze oraz indywidualne przyzwyczajenia, tj. np. wykonywana działalność zawodowa, otoczenie rodzinne i społeczne, nawyki żywieniowe, spożywanie używek lub narkotyków, a także aktywności w czasie wolnym

³²⁸ Wyrok TSUE z dnia 1 marca 2011 r. w sprawie C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL i inni p. Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2011:100, pkt 32.

i zajęcia sportowe³²⁹. Jak podnosiła, „biorąc pod uwagę zmiany społeczne i następującą wraz z nimi utratę znaczenia tradycyjnych wzorców zachowań, wpływ czynników związanych z zachowaniem na zdrowie i prognozę długości życia danej osoby nie może już zostać wyraźnie powiązany z płcią”³³⁰. Zwróciwszy uwagę na fakt, iż „poprawne zebranie i ocena gospodarczych okoliczności, a także przyzwyczajęń ubezpieczonych, jest nieporównywalnie trudniejsze i również znacznie cięższe do sprawdzenia” niż posłużenie się rozróżnieniem ze względu na płeć³³¹, uznała, że trudności te nie uzasadniają same w sobie przyjęcia płci jako czynnika aktuarialnego, a „posłużenie się płcią danej osoby jako kryterium zastępczym wobec innych cech rozróżniających jest niezgodne z zasadą równego traktowania kobiet i mężczyzn”³³².

3. Podsumowanie

Jak wskazano w niniejszym rozdziale, określenie zakresu podmiotowego zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług w prawie unijnym wymaga omówienia dwóch zagadnień, tj. cech chronionych stanowiących zakazane kryterium różnicowania oraz typów podmiotów objętych ochroną przed nierównym traktowaniem. W omawianym obszarze życia społecznego dyrektywy odnoszą się tylko do trzech cech, tj. płci oraz pochodzenia rasowego i etnicznego. O ile zdefiniowanie pierwszej z nich nie nastęrcza problemów, o tyle wykładnia dwóch pozostałych pojęć okazuje się kwestią bardziej złożoną. Jako czynniki określające przynależność do określonej grupy etnicznej TSUE podaje wspólnotę narodową, religijną, językową, wspólnotę kultury, tradycji i środowiska życia, nie określając jednocześnie podobnych wyznaczników w odniesieniu do pochodzenia rasowego. W opinii do orzeczenia *Jyske Finans* rzecznik generalny N. Wahl zaproponował zresztą odejście od posługiwania się tym kryterium, stwierdzając, iż jego zdefiniowanie staje się coraz bardziej nieakceptowane we współczesnych społeczeństwach, w związku z czym właściwsze byłoby posługiwanie się, jak to określił, mniej jasnym i namacalnym pojęciem dyskryminacji ze względu na pochodzenie etniczne, stanowiącej formę dyskryminacji rasowej.

³²⁹ Opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 30 września 2010 r., sprawa C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL i inni p. Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2010:564, pkt 62.

³³⁰ *Ibidem*, pkt 63.

³³¹ *Ibidem*, pkt 66.

³³² *Ibidem*, pkt 67.

Wykazano jednak, że trudno byłoby zgodzić się z propozycją rzecznika generalnego, do której Trybunał niestety nie odniósł się w przywoływanym wyroku, gdyż trudno uznać, aby pojęcie rasy było irrelewantne dla prawa unijnego. Po pierwsze, skoro dyrektywa 2000/43 posługuje się tym terminem, to znaczy, że prawodawca europejski zauważył związany z nim problem nierównego traktowania. Po drugie, nawet jeśli można by z naukowego punktu widzenia argumentować, że podział ludzi na rasy jest nieuzasadniony, to nie ulega wątpliwości, że w świadomości społecznej pojęcie to funkcjonuje i w pewnych wypadkach stanowi podstawę dyskryminacji. Pojęcie rasy jest niejednoznaczne, a jego zdefiniowanie rodzi konieczność odwołania się do jego społecznego rozumienia. Jak się jednak zdaje, można przypuszczać, iż będzie ono najczęściej obejmowało cechy wyglądu (np. kolor skóry) wskazujące na „ponadnarodowe” pochodzenie (np. Azjata). Przy określaniu zakresu znaczeniowego cech pochodzenia rasowego i etnicznego pojawia się poza tym problem, czy któreś z tych pojęć obejmuje również pochodzenie narodowe rozumiane nie jako posiadanie określonego obywatelstwa, ale jako przynależność do grupy narodowościowej. Należy uznać, że tak rozumiane narodowość czy pochodzenie narodowe w istocie zdają się nie różnić od pochodzenia etnicznego w zakresie determinujących je czynników, co prowadzi do wniosku, iż są one objęte zakresem podmiotowym dyrektywy 2000/43.

Podniesiono także, iż dyskryminacja to zjawisko dotyczące ze swej natury osób fizycznych, ponieważ jest różnicowaniem sytuacji z uwagi na przymioty właściwe jedynie im, jednak motyw szesnasty preambuły dyrektywy 2000/43 stanowi, że państwa członkowskie powinny zapewnić ochronę również osobom prawnym, gdy są one ofiarami dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne swoich członków. Wskazywany motyw można rozumieć dwojako, tj. albo jako przyznanie państwom członkowskim kompetencji do swobodnego uznania w zakresie przyznania ochrony osobom prawnym albo jako doprecyzowanie rozumienia terminu osoba, którym posługują się przepisy dyrektyw, poprzez wskazanie, że odnosi się on również do osoby prawnej. Analiza sprawozdań Komisji Europejskiej oraz ustawodawstw państw członkowskich sugeruje, iż przyjęta jest pierwsza z prezentowanych wykładni, aczkolwiek istotne argumenty przemawiają za drugą z nich. Po pierwsze, w żadnym z przepisów dyrektywy 2000/43 nie ma bezpośredniego odniesienia do osób fizycznych, choć oczywistym jest, że z uwagi na swój charakter niektóre z postanowień mogą dotyczyć wyłącznie ich. Po drugie, wykazano, że dyskryminacja osoby prawnej rodzi w istocie skutki dla osoby fizycznej i w zasadzie nierozdzielnie związana jest z jej cechą prawnie chronioną jako członkiem osoby prawnej. Odmowa przyznania ochrony osobie

prawnej mogłaby zatem w pewnych przypadkach prowadzić do zawężenia lub pozbawienia takiej ochrony także osoby fizycznej dotkniętej skutkami nierównego traktowania.

W praktyce zakres uznania osób prawnych za podmioty chronione przed dyskryminacją jest bardzo zróżnicowany. Można wyróżnić trzy zasadnicze modele tej ochrony w porządkach krajowych państw członkowskich, tj. uzależniający ją od indywidualnego nierównego traktowania osób fizycznych tworzących osobę prawną, odwołujący się do członków osoby prawnej w sposób przyjęty w dyrektywie 2000/43 oraz rozszerzający krąg osób wchodzących w interakcje z osobą prawną, których nierówne traktowanie może stanowić podstawę dochodzenia roszczeń przez samą osobę prawną. O ile oczywistym jest, że osoby prawne mogą być nierówno traktowane w dostępie do dóbr i usług, o tyle ich specyfika na tle osób fizycznych rodzi pewne wątpliwości co do form dyskryminacji, których podmioty te mogą doświadczyć. Z pewnością może ich dotyczyć bezpośrednio nierówne traktowanie, aczkolwiek pewne trudności mogą pojawić przy ustaleniu właściwego komparatora z uwagi na np. różne formy działalności, jak i dyskryminacja pośrednia, choć w jej wypadku problematyczna może okazać się wykładnia zbiorowego aspektu tej formy nierównego traktowania. Nie można natomiast uznać, by osoba prawna mogła doświadczyć molestowania, skoro mimo że z pewnością posiada ona pewne określone dobra osobiste, nie ma godności, która przypisywana jest wyłącznie osobom fizycznym, a która stanowi jeden z elementów definicyjnych molestowania. Poza tym, wrogą czy poniżającą atmosferę można stworzyć wyłącznie wobec osób współdziałających w ramach tworu jakim jest osoba prawna, nie zaś wobec niej samej, gdyż nie posiada ona jakichkolwiek cech psychicznych.

Właściwe określenie zakresu przedmiotowego zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług w prawie unijnym wymaga z kolei zdefiniowania pojęć dobra oraz usługi. Pierwsze z nich tożsame jest z pojęciem towarów, które zgodnie z orzecznictwem TSUE muszą spełniać dwa kryteria, tj. po pierwsze, ich wartość daje się określić w pieniądzu, a po drugie mogą one stanowić przedmiot transakcji o charakterze komercyjnym. Usługi zdefiniowano z kolei w art. 57 TFUE, zgodnie z którym są nimi świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowienia o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób, zaś jako przykład usług przytaczany przepis wymienia działalność o charakterze przemysłowym czy handlowym, działalność rzemieślniczą, a także wykonywanie wolnych zawodów. Mimo ugruntowanego znaczenia wskazywanych terminów w odniesieniu do swobód rynku wewnętrznego, w przypadku prawa antydyskryminacyjnego pojawia się wątpliwość wynikająca z faktu, że z dwóch dyrektyw odnoszących się do omawianego obszaru

życia wyłącznie dyrektywa 2004/113 zawiera wskazówkę interpretacyjną co do przytaczanych definicji dzięki bezpośredniemu odwołaniu do art. 57 TFUE. Dyrektywa 2000/43 analogicznej wskazówki nie zawiera, co przy poszanowaniu zasady przyznania pozwala uznać, że zawarte w niej pojęcie usług ma szersze znaczenie.

Za przyjęciem takiej wykładni przemawia fakt, że przepisy antydyskryminacyjne pełnią inną funkcję niż te odnoszące się do swobód rynku wewnętrznego – zamiast na kwestie rynkowe zwracają one uwagę na zasadę równego traktowania stanowiącą jeden z fundamentów Unii. Ta zasadnicza różnica celów uzasadnia również odmienne podejście do rozumienia usług. Przepisy o swobodnym przepływie usług mają być elementem konstrukcyjnym rynku wewnętrznego, w związku z czym zasadne jest, by odnosiły się wyłącznie do czynności o charakterze komercyjnym. Przepisy statuujące zakaz dyskryminacji odnoszą się z kolei do celów i wartości takich jak wzrost poziomu jakości życia, spójność społeczna oraz solidarność, które niekoniecznie muszą być traktowane w kategoriach ekonomicznych, co prowadzi do wniosku, że zakres zastosowania dyrektywy 2000/43 nie jest ograniczony do usług świadczonych odpłatnie i świadczy o zróżnicowanym zakresie ochrony pomiędzy przesłankami płci a pochodzenia rasowego i etnicznego. Poza tym w odniesieniu do zakresu przedmiotowego pojawia się również pytanie, czy obejmuje on usługi świadczone w ogólnym interesie. Zarówno dyrektywa 2000/43 jak i 2004/113 milczą na ten temat, jednak nie ulega wątpliwości, że usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym są co do zasady objęte zakresem zastosowania art. 57 TFUE z uwagi na swój gospodarczy charakter. Usługi socjalne niespełniające kryteriów traktatowych nie będą z kolei z pewnością wchodzić w zakres przedmiotowy zakazu nierównego traktowania ze względu na płć, skoro dyrektywa 2004/113 odnosi się do traktatowej interpretacji pojęcia usługi, lecz podobny problem, jak już wskazano, nie będzie występował w przypadku dyrektywy 2000/43. Poza tym dyrektywy zawierają kilka wyłączeń z zakresu przedmiotowego, przede wszystkim odnosząc się wyłącznie do dóbr i usług dostępnych publicznie i zastrzegając konieczność poszanowania życia rodzinnego i prywatnego oraz dokonywanych w tym zakresie transakcji lub działań wykonywanych w tym kontekście. Dyrektywa 2004/113 zawiera również szereg wyłączeń dotyczących wyłącznie płci, takich jak treści zawarte w środkach masowego przekazu i w ogłoszeniach.

Rozdział IV

Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług a prawa podstawowe usługodawców

1. Uwagi ogólne

W toku analizy zarówno postanowień KPP jak i orzecznictwa oraz problemów poruszanych w literaturze przedmiotu zidentyfikowano następujące prawa i wolności podstawowe usługodawców szczególnie mogące wchodzić w relację konfliktu z prawem usługobiorców do równego traktowania – wolność prowadzenia działalności gospodarczej, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wolność myśli sumienia i religii oraz wolność wypowiedzi. Celem niniejszego opracowania nie jest wyczerpujące omówienie problemów związanych ze wskazywanymi prawami i wolnościami, ale odniesienie ich do ściśle zawężonego obszaru życia społecznego. W związku z tym w niniejszym rozdziale przyjęto metodologię, wedle której najpierw w sposób zwięzły dokonano określenia ich zakresu przedmiotowego, a następnie w sposób szczegółowo omówiono ich zastosowanie w przypadku dostępu do dóbr i usług. Omówienie podstawowych praw i wolności w tym kontekście jest niezwykle istotne z punktu widzenia rozwiązywania konfliktów między nimi a prawem do równego traktowania. Po pierwsze, pozwala ono na rozróżnienie między rzeczywistymi a pozornymi sytuacjami spornymi, zaś po drugie, jest pomocne przy przypisywaniu im odpowiedniej wagi istotnej dla zastosowania metody analizy proporcjonalnej.

2. Wolność prowadzenia działalności gospodarczej

2.1. Zakres przedmiotowy art. 16 KPP

Art. 16 KPP uznaje wolność prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z prawem UE oraz ustawodawstwami i praktykami krajowymi. Wyjaśnienia jako podstawę omawianego artykułu wskazują w pierwszej kolejności orzecznictwo TSUE uznające wolność prowadzenia działalności gospodarczej lub handlowej oraz swobodę zawierania umów. Przytaczają również art. 119 ust. 1 TFUE (polityka gospodarcza oparta na ścisłej koordynacji polityk gospodarczych, rynku wewnętrznym i ustaleniu wspólnych celów, prowadzona w poszanowaniu zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją) oraz ust. 3 TFUE (poszanowanie przewodnich zasad stabilnych cen, zdrowych finansów publicznych i warunków pieniężnych oraz trwałej równowagi płatniczej) jako uznające wolną konkurencję, zastrzegając, że omawiane prawo jest wykonywane z poszanowaniem prawa UE i państw członkowskich. Ponadto, w Wyjaśnieniach stwierdzono, iż prawo określone w przytaczanym

przepisie może być przedmiotem ograniczeń przewidzianych w art. 52 ust. 1 KPP, tj. wprowadzonych w drodze ustawy, szanujących istotę praw i wolności oraz zasadę proporcjonalności, koniecznych i rzeczywiście odpowiadających celom interesu ogólnego uznawanego przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób. Specyfika art. 16 KPP względem innych jej postanowień wynika z faktu, że nie definiuje ona zarówno treści jak i istoty wolności prowadzenia działalności gospodarczej³³³, zawierając jedynie odwołanie do właściwych przepisów praw unijnego oraz państw członkowskich³³⁴. Z tego względu konieczne jest odczytywanie omawianego przepisu w kontekście systemowym, jednak nie ulega wątpliwości, że jego zakresem przedmiotowym objęta jest każda działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na rynku, bez względu na przedmiot tej działalności czy formę prawną, w jakiej jest ona wykonywana³³⁵.

Z uwagi na przemienne stosowanie przez KPP i Wyjaśnienia pojęć wolność i prawo konieczne jest określenie charakteru art. 16 KPP. Jak podnosi D. Miąsik, przepis ten należy umiejscowić w gronie tych kreujących zasady, gdyż z jego treści nie wynika, jakoby mógł stanowić podstawę do wywiedzenia istnienia prawa podmiotowego do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej³³⁶. Za uznaniem tego stanowiska przemawia literalna wykładnia zwracająca uwagę na specyficzną, w porównaniu z innymi postanowieniami KPP, konstrukcję omawianego przepisu, niewskazującą, komu uznawana w niej wolność miałaby przysługiwać. Zgodnie zatem z przytaczaną już w rozdziale drugim regulacją art. 52 ust. 5 KPP, zasada wolności prowadzenia działalności gospodarczej może być urzeczywistniana jedynie za pośrednictwem aktów prawodawczych i wykonawczych, zaś w sądzie może być przywoływana jedynie w celu wykładni tychże aktów i kontroli ich legalności. Jakkolwiek zatem art. 16 KPP nie kreuje prawa, na które usługodawca mógłby się bezpośrednio powołać, istotne jest rozpatrzenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej w kontekście konfliktów między prawami podstawowymi, gdyż jak wskazuje analiza postanowień dyrektyw antydyskryminacyjnych, pewne jej elementy, urzeczywistnione

³³³ D. Fiedorow, *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej jako prawo podstawowe w prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, red. C. Mik, K. Gałka, Toruń 2009, s. 398.

³³⁴ D. Miąsik, komentarz do art. 16 KPP, [w:] *Karta Praw Podstawowych. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 611.

³³⁵ *Ibidem*, s. 621.

³³⁶ *Ibidem*, s. 614.

zarówno w prawie UE jak i systemach państw członkowskich, mogą wchodzić w relacje konfliktowe z prawem do równego traktowania. Najistotniejszym elementem wolności prowadzenia działalności gospodarczej z punktu widzenia omawianej problematyki jest swoboda zawierania umów i związana z nią wolność doboru partnerów handlowych³³⁷.

2.2. Zakaz dyskryminacji jako ograniczenie swobody wyboru kontrahenta

Włączenie dostępu do dóbr i usług oferowanych publicznie do zakresu przedmiotowego dyrektyw 2000/43 (art. 3 ust. 1 pkt h) oraz 2004/113 (art. 3 ust. 1) odczytywane bywa jako ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej przez usługodawców w związku z zawężeniem możliwości wyboru kontrahenta. O ile jednak pierwszy z przywoływanych aktów prawa wtórnego milczy na ten temat, o tyle same przepisy drugiego z nich starają się zaprzeczyć temu pogładowi. Zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/113, nie narusza ona swobody jednostki do wyboru partnera umownego, o ile wybór ten nie jest oparty na płci tej osoby. Wykładnia literalna przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, że płeć nie może być wyłącznym kryterium branym pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o wstąpieniu w stosunek prawny, choć niewykluczone, że może być rozpatrywana jako jeden z elementów umiejscowionych w szerszym kontekście konkretnego przypadku. Zresztą motyw 14 preambuły do dyrektywy 2004/113 zwraca uwagę, że każdy może mieć szereg subiektywnych powodów dla wybrania swojego partnera umownego, a dyrektywa nie powinna stanowić przeszkody w dokonaniu tego wyboru, o ile tylko nie jest on oparty na płci. Motyw ten zwraca zatem uwagę na najistotniejszą wartość swobody umów, czyli możliwość subiektywnego wyważenia różnych okoliczności towarzyszących kształtowaniu stosunku prawnego i podjęcie na tej podstawie decyzji³³⁸. Niezależnie od przytaczanych sformułowań dyrektywy 2004/113 należy stwierdzić, że zakaz dyskryminacji faktycznie ogranicza swobodę kontraktową w zakresie, w jakim przy kształtowaniu treści i formy stosunku prawnego uniemożliwia wzięcie pod uwagę irrelevantnych z punktu widzenia tego stosunku cech osobistych kontrahentów, o ile nie jest to uzasadnione w sposób obiektywny lub racjonalny³³⁹.

³³⁷ M. Szpunar, *Zasada swobody umów w prawie wspólnotowym*, [w:] *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, red. C. Mik, Toruń 2007, s. 298.

³³⁸ S. Tertnik, *Effects of European Anti-Discrimination Legislation on General Contract Law*, *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, nr 2/2013, s. 288.

³³⁹ G. Carapezza Figlia, *The Prohibition of Discrimination as a Limit on Contractual Autonomy*, *The Italian Law Journal*, Vol. 04 (2018), No. 01, s. 109.

Z tego względu zasady swobody umów i niedyskryminacji bywają przedstawiane przez krytyków rozszerzenia zakresu przedmiotowego przepisów antydyskryminacyjnych na sfery zarezerwowane dotychczas dla prawa prywatnego jako antonimy, jako zasady niemożliwe do pogodzenia ze sobą. Dylemat ich wzajemnej relacji związany jest chociażby z wynikającym ze swobody kontraktowej prawem do niewybrania potencjalnego kontrahenta, które w świetle regulacji antydyskryminacyjnych nie ma charakteru absolutnego, jak już podkreślono powyżej³⁴⁰. Jak jednak zwraca uwagę D. Schiek, nadrzędnym celem prawa kontraktów jest zapewnienie ram dla wymiany rynkowej, a uznanie zasady równego traktowania za jeden z jego elementów umożliwia pełniejszą realizację tego celu dzięki zapewnieniu równych szans wszystkim uczestnikom obrotu prawnego³⁴¹. D. Fiedorow przytacza podobny argument, który co prawda dotyczy umów konsumenckich, ale może znaleźć odniesienie także do kwestii dyskryminacji – ograniczenia nakładane na usługodawcę można według niej postrzegać jako środki umożliwiające realizację swobody umów poprzez przywrócenie równości szans³⁴². W tym sensie zasada niedyskryminacji jest jednym z narzędzi zapewniających realizację swobody kontraktowej. Poza tym, znaczący wpływ umów zawieranych z podmiotami prywatnymi na sytuację społeczno-ekonomiczną jednostki uzasadnia wprowadzenie do omawianej sfery prawa prywatnego instrumentów publicznoprawnych zapewniających poszanowanie zasady równego traktowania. Korzystanie przez podmioty prywatne z przysługującej im wolności może bowiem wywołać skutki sprzeczne z publicznym interesem³⁴³, objawiającym się np. zapewnieniem równego dostępu do dóbr i usług oferowanych publicznie. Nawet jeśli takie same lub podobne dobra lub usługi byłyby łatwo dostępne na rynku u innych usługodawców, co mogłoby przemawiać na korzyść zarówno odmawiającego świadczenia jak i krytyków rozszerzenia zakresu przedmiotowego przepisów antydyskryminacyjnych, w interesie publicznym wciąż może być potępienie aktu

³⁴⁰ H. Collins, *The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner*, Law and Contemporary Problems, Vol. 76 (2013), Number 2, s. 71.

³⁴¹ D. Schiek, *Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conceptions of Equality Law*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 12 (2005), Issue 4, s. 433.

³⁴² D. Fiedorow, *op. cit.*, s. 376.

³⁴³ H. Collins, *op. cit.*, s. 73.

nierównego traktowania w związku z naruszeniem godności usługobiorców wyłącznie z uwagi na ich pewne cechy osobiste dotyczące ich tożsamości³⁴⁴.

Co więcej, jak zauważa G. Demeyere, analizując omawianą problematykę z perspektywy prawa zatrudnienia, kwestia relacji pomiędzy zakazem dyskryminacji i swobodą kontraktową jest też problemem natury filozoficznej, zależnym od sposobu rozumienia pojęcia wolności³⁴⁵. Chociażby w liberalnym (libertariańskim) ujęciu przepisy o równym traktowaniu są traktowane jako ograniczenie omawianej swobody w związku z zmanifestowaniem władztwa państwowego w sferze stosunków między podmiotami prywatnymi³⁴⁶. G. Demeyere identyfikując źródła poglądu przeciwstawiającego te wartości (ang. *the conflict thesis*), podnosi, iż zdaje się to wynikać z dwóch okoliczności. Po pierwsze, przepisy antidyskryminacyjne mają charakter wtórny względem prawa kontraktów opartego na swobodzie umów traktowanej jako oczywisty standard prawa prywatnego, wobec czego te pierwsze traktowane są jako ograniczenie nałożone w ostatnim czasie. Po drugie, przeciwstawienie to wynika z sygnalizowanego już traktowania norm o równym traktowaniu jako wyrażających wartości publiczne niemożliwe do pogodzenia z czysto prywatnoprawnym konceptem swobody kontraktowej. Po trzecie wreszcie, nawet przeniesienie tego sporu na grunt prawa kontraktowego i wyrażenie go w kategoriach sporu między negatywną wolnością od zawarcia umowy (ang. *freedom from contract*) i pozytywną wolnością do jej zawarcia (ang. *freedom to contract*) nie rozwiązuje problemu relacji między omawianymi wartościami. G. Demeyere argumentuje jednak przeciwko temu przeciwstawieniu, rozumiejąc wolność jako brak dominacji (ang. *nondomination*)³⁴⁷.

O ile wolność w znaczeniu negatywnym oznacza wolność od ingerencji innych, a w znaczeniu pozytywnym władztwo nad samym sobą i własnymi interesami, przywoływana przez Demeyere koncepcja plasuje się pomiędzy nimi i oznacza wolność od władztwa innych

³⁴⁴ M. Schillig, *The Interpretation of European Private Law in the Light of Market Freedoms and EU Fundamental Rights*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 15 (2008), Issue 3, s. 312.

³⁴⁵ G. Demeyere, *Discrimination, Freedom, and the Limits of Contract*, International Journal of Discrimination and the Law, Vol. 10 (2019), Issue 4, s. 221.

³⁴⁶ S. A. Besson, *Discrimination and Freedom of Contract: Philosophical and Economic Foundations of the Law against Racial Discrimination in Employment*, International Journal of Discrimination and the Law, Vol. 3 (1999), Issue 4, s. 272.

³⁴⁷ G. Demeyere, *op. cit.*, s. 226.

osób. Różni się ona od wolności w negatywnym ujęciu w dwóch aspektach³⁴⁸. Po pierwsze, zakłada wolność zarówno od rzeczywistych jaki i potencjalnych przejawów arbitralnego korzystania z czyjejś woli, a nie wyłącznie od rzeczywistego przymusu lub zagrożenia. Po drugie, źródła braku swobody upatruje ona w arbitralności czyjegoś władztwa, a nie w samej ingerencji w czyjąś swobodę. W tym ujęciu zakazanie nierównego traktowania przez usługodawcę jest zatem działaniem zmierzającym do zapewnienia realizacji swobody kontraktowej rozumianej jako możliwość niearbitralnego kształtowania treści lub formy stosunku prawnego przez jego strony, nie zaś jej ograniczeniem skoro nie przymusza do zawarcia kontraktu z kimkolwiek, a jedynie eliminuje wzięcie pod uwagę irrelevantnych czynników. Czynniki te nie są więc uznawane za element swobody kontraktowej w przypadku dóbr i usług oferowanych publicznie. Wedle omawianej teorii, w przypadku arbitralnego wpływu na treść lub formę stosunku prawnego wyłącznie ze względu na cechy osobowe nieistotne dla tegoż stosunku, to nie interes publiczny, ale sama swoboda kontraktowa przemawia za przyznaniem ochrony przed nierównym traktowaniem – dyskryminacja jest bowiem naruszeniem swobody kontraktowej.

Należy w tym kontekście zauważyć również, że zasada niedyskryminacji znalazła odzwierciedlenie w projekcie tzw. wspólnych ram odniesienia (ang. *Draft Common Frame of Reference* – dalej jako DCFR) mających być akademickim przyczynkiem do wypracowania politycznych instrumentów harmonizacji europejskiego prawa prywatnego³⁴⁹. Podstawowymi zasadami DCFR są wolność, bezpieczeństwo, sprawiedliwość i efektywność, ale, jak zaznaczono, swoboda kontraktowa może zostać ograniczona, jeśli korzystanie z niej mogłoby doprowadzić do nieuzasadnionego nierównego traktowania³⁵⁰. Zdaniem F. Eberta i T. Pinkela przywołane cztery zasady, traktowane jako równorzędne reguły leżące u podstaw całego DCFR, powodują jednak, iż swoboda kontraktowa nie może być przedmiotem daleko idących ograniczeń wprowadzanych ze względu na sprawiedliwość, której elementem z pewnością jest zasada niedyskryminacji uczestników obrotu prawnego – konieczne jest

³⁴⁸ *Ibidem*, s. 227.

³⁴⁹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf [dostęp 3 sierpnia 2019 r.].

³⁵⁰ *Ibidem*, s. 65.

bowiem zapewnienie odpowiedniego balansu między sprawiedliwością a właśnie wolnością³⁵¹. Jednocześnie jednak w art. I.-1:102 zaznaczono, że zasady DCFR muszą być wykładane w świetle wszelkich mających zastosowanie instrumentów gwarantujących prawa człowieka i podstawowe wolności, a także mających zastosowanie praw konstytucyjnych, z uwzględnieniem zawartej w wyjaśnieniach do podstawowych zasad uwagi, że funkcją DCFR jest ochrona praw człowieka przede wszystkim, o ile nie wyłącznie, w relacjach horyzontalnych³⁵². W drugiej księdze DCFR zasadzie niedyskryminacji poświęcono rozdział, w którym m.in. uznano prawo każdej osoby do równego traktowania bez względu na płeć, pochodzenie etniczne lub rasowe w obszarze kontraktów i innych aktów mających na celu zapewnienie dostępu do dóbr i usług oferowanych publicznie, a także zawarto recypowane z dyrektyw definicje form dyskryminacji oraz zasadę przeniesionego ciężaru dowodu³⁵³.

Analizując przedstawioną problematykę z perspektywy konfliktów między prawami podstawowymi usługodawców i usługobiorców, należy poczynić trzy uwagi. Po pierwsze, w związku z tym, że źródłem ograniczenia wolności kontraktowej w odniesieniu do dóbr i usług oferowanych publicznie w prawie UE są przepisy dyrektyw implementowane do krajowych porządków prawnych państw członkowskich, ten aspekt wyrażonej w art. 16 KPP wolności prowadzenia działalności gospodarczej nie może stanowić samoistnej podstawy obrony przed roszczeniami usługobiorców dochodzonymi z tytułu naruszenia zasady równego traktowania. Zasady ustanowione przez dyrektywy stały się bowiem, jak podnoszono już w pierwszym rozdziale niniejszej pracy, jednym z elementów europejskiego prawa kontraktowego. Zasada niedyskryminacji nie jest zatem zasadą zewnętrzną wobec zasad prawa prywatnego, ale stała się jedną z nich, co zresztą znalazło odzwierciedlenie w tekście DCFR. Po drugie, wykazano powyżej, że w istocie zasada niedyskryminacji służy rzeczywistej realizacji swobody kontraktowej poprzez wyeliminowanie z procesu decyzyjnego czynników irrelevantnych. Nie oznacza to, że proces decyzyjny stron umowy uległ obiektywizacji, gdyż w dalszym ciągu może opierać się na szeregu czynników subiektywnych (aczkolwiek w rozważaniach tych pominięto cywilnoprawne aspekty takie jak np. pojęcie oferty

³⁵¹ F. C. Ebert, T. Pinkel, *Restricting Freedom of Contract through Nondiscrimination Provisions – A Comparison of the Draft Common Reference (DCFR) and the German general Equality Law*, German Law Journal, Vol. 10 (2009), No. 11, s. 1426.

³⁵² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, *op. cit.*, s. 81.

³⁵³ *Ibidem*, s. 186.

w przypadku dóbr i usług oferowanych publicznie). Po trzecie jednak, istotną kwestią w przypadku ewentualnych wątpliwości co do relacji dwóch omawianych zasad pozostaje wykładnia przepisów unijnych i krajowych, która powinna zmierzać do zachowania balansu pomiędzy koniecznością rzeczywistej realizacji zasady niedyskryminacji a zachowaniem autonomii stron stosunków prywatnoprawnych.

3. Poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego

3.1. Zakres przedmiotowy art. 7 KPP

Art. 7 KPP stanowi, że każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się. Zgodnie z Wyjaśnieniami prawa w nim zagwarantowane odpowiadają tym określonym w art. 8 EKPC, w związku z czym przy określaniu jego treści należy sięgnąć również do dorobku orzeczniczego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz). Jak podkreślił on w wyroku w sprawie *Costello-Roberts p. Wielkiej Brytanii*, pojęcia życia prywatnego nie da się zdefiniować w sposób wystarczający, gdyż ma ono charakter niezwykle szeroki³⁵⁴. Składa się ono jednak niewątpliwie z elementów takich jak prawo do życia w zgodzie z własnym życzeniem i bez kontroli innych, prawo do nawiązywania i utrzymywania stosunków z innymi celem rozwijania i realizowania własnej osobowości, prawo do osobistego rozwoju czy autonomii indywidualnej³⁵⁵. Fundamentalna rola ochrony życia prywatnego dla zapewnienia rozwoju osobowości jednostki sprawia, że ochrona ta wykracza poza obszar prywatnych relacji rodzinnych i nabiera społecznego znaczenia³⁵⁶.

Jak jednak podnosi M. Nowicki, zakres omawianego pojęcia nie obejmuje stosunków pozbawionych bezpośredniego związku z życiem prywatnym jednostki, nawet jeśli są podejmowane w celu rozwijania relacji z innymi jednostkami, ale mają szeroki i niedookreślony zakres³⁵⁷. Poza jego zakres wykraczają również działania podejmowane wyłącznie w celach publicznych, które nie zmierzają w jakikolwiek sposób do zaspokojenia

³⁵⁴ Wyrok ETPCz z dnia 25 marca 1993 r., *Costello-Roberts p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 13134/87, par. 36.

³⁵⁵ M. A. Nowicki, komentarz do art. 8, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej, Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 518.

³⁵⁶ Wyrok ETPCz z dnia 25 lutego 2009 r., *Armoniene p. Litwie*, skarga nr 36919/02, par. 39.

³⁵⁷ M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 518.

potrzeb osobistych³⁵⁸. Istotne z punktu widzenia relacji między prawami podstawowymi usługodawców a zakazem dyskryminacji jest również pogląd wyrażony przez ETPCz w wyroku w sprawie *Niemietz p. Niemcom*, gdzie stwierdził on, iż z zakresu życia prywatnego nie należy wyłączać czynności zawodowych czy biznesowych, gdyż to również jest sfera, w której jednostka może rozwijać swoje relacje z innymi. Dotyczy to w szczególności osób wykonujących wolne zawody, gdzie praca może stanowić tak istotną część życia jednostki, że nie będzie możliwe oddzielenie czynności o charakterze prywatnym od tych związanych z wykonywaniem zawodu³⁵⁹.

Art. 7 KPP odnosi się również do ochrony życia rodzinnego, o którym wspomina w sposób odrębnie od życia prywatnego. Pojęcie to obejmuje relacje o charakterze społecznym, moralnym, kulturalnym oraz materialnym związane chociażby z dziedziczeniem³⁶⁰. W tym aspekcie orzecznictwo ETPCz skupiało się na sprawach dotyczących sprawowania władzy rodzicielskiej, kontaktów z dziećmi, przysposobienia, ingerencji władz państwowych w sprawowanie opieki nad dzieckiem czy kwestii ekstradycyjnych oraz problematyki łączenia rodzin³⁶¹. W tym znaczeniu ochrona życia rodzinnego zdaje się nie mieć znaczenia dla praw podstawowych usługodawców, gdyż obejmuje ona spektrum spraw wykraczających poza relacje między podmiotami prywatnymi wchodzącymi ze sobą w relację o charakterze czysto usługowym.

3.2. Ochrona życia prywatnego w dyrektywach antydyskryminacyjnych

Odwołanie do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego pojawia się w preambułach do obu dyrektyw regulujących kwestię zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług. Motyw 4 preambuły dyrektywy 2000/43 stwierdza, że w kontekście omawianego zakresu przedmiotowego „istotne jest (...) przestrzeganie ochrony życia prywatnego i rodzinnego, jak również realizowanych w tym zakresie transakcji”. Z kolei zgodnie z motywem 3 preambuły do dyrektywy 2004/113 „oprócz zakazu dyskryminacji ważne jest szanowanie innych podstawowych praw i wolności, wraz z ochroną prywatności i życia rodzinnego oraz działań wykonywanych w tym kontekście”. W trzecim rozdziale niniejszego

³⁵⁸ Decyzja ETPCz z dnia 24 listopada 2009 r., *Friend p. Wielkiej Brytanii* oraz *Countryside Alliance i inni p. Wielkiej Brytanii*, skargi połączone nr 16072/06 oraz 27809/08.

³⁵⁹ Wyrok ETPCz z dnia 16 grudnia 1992 r., *Niemietz p. Niemcom*, skarga nr 13710/88, par. 29.

³⁶⁰ Wyrok ETPCz z dnia 22 grudnia 2004 r., *Merger i Cros p. Francji*, skarga nr 68864/01, par. 46.

³⁶¹ M. A. Nowicki, *op.cit.*, s. 541.

opracowania wskazano, iż odwołania te stanowią istotny element dookreślający zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji, doprecyzowując pojęcie usług i towarów dostępnych publicznie poprzez wykluczenie tych oferowanych ograniczonemu kręgowi osób oraz sytuacji, w których bliskość stosunków z osobą je oferującą ma większy wpływ na wybór kontrahenta niż zwykle względy ekonomiczne. W tym znaczeniu ochrona życia prywatnego odnosi się do rozgraniczenia działań podejmowanych w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą od tych mających związek z życiem prywatnym usługodawcy jako jednostki.

W związku z przytoczonym wyżej orzecznictwem ETPCz można by jednak rozważyć, czy ochrona życia prywatnego nie odgrywa szczególnej roli w przypadku usługodawców wykonujących wolne zawody. Niemniej w kontekście prawa do równego traktowania trudno określić, w jaki sposób te dwa prawa podstawowe mogłyby w przypadku usługodawców w sferze ochrony ich życia prywatnego pozostawać w konflikcie. W prawie UE kwestia relacji życia prywatnego i zakazu dyskryminacji pojawiała się raczej w kontekście zatrudnienia pomocy domowej³⁶². Ochrona osób wykonujących wolne zawody związana może być raczej z pojęciem domu w związku ze świadczeniem usług w przestrzeni prywatnej. Odwołanie do życia prywatnego w takim kontekście służyć miałoby raczej ochronie przed arbitralnością i ingerencją ze strony państwa, w związku np. z uprawnieniami kontrolnymi. W sferze dostępu do dóbr i usług przepisy zakazujące dyskryminacyjne zdają się jednak w żaden sposób nie naruszać tego aspektu życia prywatnego. Oznacza to, że prawo określone w art. 7 KPP służy w tym wypadku wyłącznie określeniu zakresu przedmiotowego dyrektyw 2000/43 oraz 2004/113.

4. Wolność myśli, sumienia i religii

4.1. Uwagi ogólne

W art. 10 KPP gwarantuje się każdemu prawo do wolności myśli, sumienia i religii obejmujące m.in. wolność uzewnętrzniania swej religii lub przekonań, indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie w ramach uprawiania kultu, nauczania czy praktykowania. Ponadto ust. 2 przywoływanego artykułu uznaje praw do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem, ale tylko w takim zakresie, w jakim jest ono uregulowane w ustawodawstwach krajowych poszczególnych państw członkowskich. Zgodnie

³⁶² Zob. np. wyrok TSUE z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawie C-165/82, *Komisja Wspólnot Europejskich p. Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, ECLI:EU:C:1983:311.

z Wyjaśnieniami prawa w nim zagwarantowane odpowiadają tym określonym w art. 9 EKPC, tj. m.in. wolności zmiany wyznania lub przekonań, wolności uzewnętrzniania ich indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie przez uprawianie kultu, praktykowanie i czynności rytualne. Szczególne znaczenie omawianej wolności dla życia społecznego wyraził ETPCz w wyroku w sprawie *Moscow Branch of the Salvation Army p. Rosji*, uznając, że w wymiarze religijnym jest ona jednym z kluczowych elementów tworzących tożsamość osób wierzących i kształtujących ich koncepcję życia, lecz zarazem podkreślając, iż jest ona także cenną wartością dla ateistów, agnostyków, sceptyków i osób obojętnych względem zagadnień religijnych³⁶³. Ta szczególna wartość, stanowiąca jeden z istotnych fundamentów społeczeństwa pluralistycznego, sprawia, że wolność określona w przytoczonych przepisach staje się niezwykle ważna dla problemu konfliktów między prawami podstawowymi usługodawców a zakazem dyskryminacji, gdyż religia czy poglądy determinują w znacznym stopniu zachowania również w komercyjnych sferach życia takich jak właśnie dostęp do dóbr i usług.

Dla wyznaczenia zakresu tej wolności kluczowe znaczenie ma zdefiniowanie pojęć myśli, sumienia i religii. Pierwsze z nich odnosi się do możliwości posiadania i nieskrępowanego kształtowania poglądów we wszystkich sferach życia społecznego, natomiast drugie zawężone jest do poglądów związanych z posiadanym przez jednostkę choćby w pewnym zakresie spójnego systemu wartości moralnych czy etycznych³⁶⁴. Trzecie z przytoczonych pojęć ma natomiast związek z poglądami o charakterze *stricte* religijnym, tj. związanymi z istnieniem pewnego absolutu lub istoty boskiej oraz wynikającymi z tego obowiązkami religijnymi. Przekonania w rozumieniu art. 9 EKPC muszą charakteryzować się pewnym stopniem powagi, spójności i istotności oraz być przekonujące³⁶⁵. W kwestiach definicyjnych istotnych dla zakresu omawianej wolności C. McCrudden podnosi niezwykle ważny z punktu widzenia zasady równości pogląd, iż prawdopodobnie ETPCz nie przyznałby ochrony na gruncie art. 9 EKPC religii rasistowskiej³⁶⁶. Stanowisko to opiera on na poglądzie

³⁶³ Wyrok ETPCz z dnia 5 stycznia 2007 r., *Moscow Branch of the Salvation Army p. Moskwy*, skarga nr 72881/01, par. 57.

³⁶⁴ I. Kamiński, komentarz do art. 10 KPP, [w:] *Karta Praw Podstawowych. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 329.

³⁶⁵ Wyrok ETPCz z dnia 18 grudnia 1996 r., *Valsamis p. Grecji*, skarga nr 21787/93, par. 25.

³⁶⁶ C. McCrudden, *Religion, Human Rights, Equality and the Public Sphere*, *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 13 (2011), No. 1, s. 34.

wyrażonym w orzeczeniu *Campbell i Cosans p. Wielkiej Brytanii*, gdzie badając problem określonych poglądów filozoficznych, ETPCz podkreślił, iż warunkiem rzeczonyj ochrony jest zgodność czy też niesprzeczność z godnością ludzką³⁶⁷. Argumentację tę należy rozszerzyć także na inne przesłanki dyskryminacji, co oznaczałoby, że poglądy statuujące czy usprawiedliwiające nierówne traktowanie nie będą zasługiwały na ochronę w ramach art. 9. Należy jednak poczynić zastrzeżenie, iż stanowisko to nie wpływa w jakimkolwiek zakresie na dopuszczalność negatywnej oceny np. homoseksualizmu przez chociażby doktryny religijne.

W omawianej wolności wyróżnia się dwa aspekty, tj. wewnętrzny (tzw. *forum internum*) związany z wewnętrzną i prywatną sferą jednostki oraz zewnętrzny (tzw. *forum externum*) związany ze sferą publiczną³⁶⁸. Pierwszy aspekt obejmuje m.in. wskazane w art. 10 KPP i art. 9 EKPC wolność zmiany religii lub przekonań, drugi zaś możliwość ich współdzielenia w różnych formach w ramach wspólnot³⁶⁹. Rozróżnienie w tym względzie jest o tyle istotne, że tylko drugi z aspektów może podlegać ograniczeniom, o których wspomina art. 9 ust. 2 EKPC stanowiący, iż wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób (ostatnia przesłanka jest szczególnie istotna z perspektywy przepisów antidyskryminacyjnych). Pojawia się jednak problem, również istotny z punktu widzenia analizy przeprowadzanej w niniejszej pracy, zakwalifikowania prawa do nie bycia zmuszonym do działania w sposób sprzeczny ze swoimi poglądami jako elementu albo sfery wewnętrznej albo tej zewnętrznej. Uznanie jej za część tzw. *forum internum*, jak to czyni chociażby b. przewodniczący ETPCz N. Bratza³⁷⁰, oznacza, iż nie może ona podlegać ograniczeniom. Takie zakwalifikowanie nie budzi wątpliwości, skoro religia czy przekonania są jednym z najistotniejszych elementów określających ludzką tożsamość jako jednostki, a więc wymaganie działania niezgodnego z tym elementem naruszałoby jej wewnętrzną integralność. Ma to jednak dalekosiężne skutki dla

³⁶⁷ Wyrok ETPCz z dnia 25 lutego 1982 r., *Campbell i Cosans p. Wielkiej Brytanii*, skargi nr 7511/76 i 7743/76, par. 36.

³⁶⁸ B. Tahzib-Lie, *The European Definition of Freedom of Religion or Belief*, Helsinki Monitor, vol. 9 (1998), No. 3, s. 17.

³⁶⁹ Wyrok ETPCz z dnia 26 października 2000 r., *Hasan i Chaush p. Bułgarii*, skarga nr 30985/96, par. 60.

³⁷⁰ N. Bratza, *The Precious Asset: Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Ecclesiastical Law Journal, vol. 14 (2012), No. 2, s. 259.

rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi. Oznacza bowiem, iż usługodawca, z zastrzeżeniem uwag poczynionych w niniejszym podrozdziale, nie może być w sytuacji konfliktu zmuszony do działania sprzecznego z wyznawaną przez siebie religią czy posiadanymi przekonaniem.

Manifestowanie swoich poglądów może przyjąć różne formy, w tym przytoczone wyżej, a wymienione w art. 10 KPP i art. 9 EKPC. Określenie danego zachowania jako manifestacji nie będzie co do zasady budziło wątpliwości w przypadkach, gdy może być ono postrzegane jako nakaz wynikający z wyznawanej religii. Jednak według orzecznictwa ETPCz analizowana wolność ani nie chroni każdego aktu motywowanego względami religijnymi lub innymi przekonaniem (tzw. doktryna *Arrowsmith*³⁷¹), ani nie gwarantuje bezwzględnego prawa do zachowania się w sposób wyznaczany przez te względy lub przekonania, szczególnie jeśli miałyby to objawiać się nieprzestrzeganiem usprawiedliwionych reguł ogólnych stosowanych w neutralny sposób³⁷². Za reguły tego rodzaju można uznać te gwarantujące przestrzeganie zasady niedyskryminacji, gdyż służą one ochronie praw i wolności innych jednostek. Kwestia manifestacji, a zatem należąca do *forum externum*, może niewątpliwie prowadzić do napięć ze wskazywaną zasadą, jeśli miałyby negatywnie wpływać na korzystanie z prawa do równego traktowania przez określone grupy społeczne³⁷³.

4.2. Prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem w prawie UE

Jak wskazano wyżej, art. 10 ust. 2 KPP uznaje prawo odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem wyłącznie w zakresie uregulowanym w ustawodawstwie krajowym państw członkowskich, co oznacza, iż na gruncie przepisów unijnych wolność sumienia nie ma charakteru absolutnego, ale doznaje ograniczeń w postaci konieczności istnienia wyraźnej podstawy prawnej dla możliwości skorzystania ze sprzeciwu sumienia. Art. 9 EKPC nie wspomina o sprzeciwie sumienia, jednak ETPCz wywiódł z niego pojęcie tzw. obdzektorów (ang. *conscientious objector*) w odniesieniu do osób odmawiających odbycia obowiązkowej służby wojskowej z uwagi na swoje przekonania³⁷⁴. Pojęcie sprzeciwu sumienia pojawia się poza tym najczęściej w kontekście dostępu do pewnych usług medycznych

³⁷¹ E. Erlings, *Individual Manifestations of Religion and Belief under the ECHR*, Hong Kong Journal of Legal Studies, vol. 6 (2012), s. 57.

³⁷² M. Nowicki, *op. cit.*, s. 578.

³⁷³ K. Monaghan, *Religious Freedom and Equal Treatment: A United Kingdom Perspective*, Journal of Law and Policy, vol. 22 (2014), No. 2, s. 696.

³⁷⁴ Zob. np. wyrok ETPCz z dnia 7 lipca 2011 r., *Bayatyan p. Armenii*, skarga nr 23459/03.

lub farmaceutycznych takich jak aborcja³⁷⁵ czy sprzedaż środków antykoncepcyjnych³⁷⁶. Na rozszerzenie tego zagadnienia poza kwestie służby wojskowej wskazuje rezolucja 1928 (2013) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy o ochronie praw człowieka w odniesieniu do religii i przekonań oraz ochrony wspólnot religijnych przed przemocą³⁷⁷, której trzy punkty zasługują na szczególną uwagę. Po pierwsze, w punkcie 9.8 wskazano, że należy zapewnić poszanowanie dla przekonań religijnych z zagwarantowaniem właściwej równowagi między nimi a innymi prawami podstawowymi jednostek. Po drugie, w myśl punktu 9.9 należy zapewnić dostosowanie przestrzeni publicznej do przekonań religijnych w odniesieniu do sfery publicznej obejmującej opiekę zdrowotną, edukację oraz służbę publiczną z zastrzeżeniem szacunku dla prawa innych jednostek do równego traktowania i zagwarantowaniem dostępu do legalnych usług. Po trzecie wreszcie, zgodnie z punktem 9.10 powinno się zapewnić prawo do sprzeciwu sumienia w odniesieniu do kwestii moralnie wrażliwych takich jak służba wojskowa czy służba zdrowia oraz edukacja, ponownie z zastrzeżeniem poszanowania prawa do równego traktowania i zapewnienia dostępu do legalnych usług.

Analiza przepisów prawa UE, a w szczególności dyrektyw statuujących zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług, prowadzi do uznania, że nie dostarcza ono szczególnej podstawy do sprzeciwu sumienia w omawianym zakresie przedmiotowym. Dyrektywa 2000/43 wspomina jedynie ogólnikowo w motywie 4 o konieczności przestrzegania praw i wolności podstawowych w kontekście zasady równego traktowania, nie wspominając *explicite* o wolności określonej w art. 10 KPP i art. 9 EKPC. Z kolei dyrektywa 2004/113 wspomina co prawda o wolności wyznania w motywie 3 preambuły, ale jedynie gdy w sposób generalny stwierdza o konieczności poszanowania innych podstawowych praw i wolności oprócz zakazu dyskryminacji. Również ona nie zawiera zatem klarownego odniesienia do sprzeciwu sumienia. Projekt tzw. dyrektywy horyzontalnej z racji swojego zakresu podmiotowego w szerszym zakresie porusza problematykę religijną, uznając np. w motywie 17 preambuły, iż zakaz dyskryminacji nie może naruszać poszanowania innych podstawowych praw i wolności, w tym wolności religii i zastrzegając, że dyrektywa nie naruszałaby m.in. kwestii praw reprodukcyjnych. Z kolei w motywie 18 przewidywano zagwarantowanie

³⁷⁵ Zob. np. wyrok ETPCz z dnia 28 listopada 2011 r., *R.R. p. Polsce*, skarga nr 27617/04.

³⁷⁶ Zob. np. decyzja ETPCz z dnia 2 października 2001 r. w sprawie *Pichon i Sajous p. Francji*, skarga nr 49853/99.

³⁷⁷ *Safeguarding human rights in relation to religion or belief, and protecting religious communities from violence*, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=19695&lang=en> [dostęp: 17 listopada 2019 r.].

możliwości przewidywania różnic opartych na religii lub światopoglądzie w dostępie do instytucji edukacyjnych. Ponownie jednak nie poruszono kwestii etosu religijnego czy sumienia jako podstawy odmowy działania z nimi sprzecznego. Należy zatem uznać, że problematyka sprzeciwu sumienia jako okoliczności uzasadniającej odmowę dostępu do dóbr i usług dostępnych publicznie nie jest objęta zakresem prawa UE, ale leży całkowicie w gestii państw członkowskich i zależy od ich uregulowań krajowych.

4.3. Zakaz dyskryminacji jako ograniczenie prawa do manifestowania poglądów

W przypadku nieistnienia podstawy prawnej do wyrażenia sprzeciwu sumienia w obszarze dóbr i usług pojawia się pytanie o możliwość skorzystania z określonego zarówno w art. 9 EKPC jak i art. 10 KPP prawa do manifestowania swoich poglądów jako uzasadniającego odmowę świadczenia lub dostarczania towarów lub usług, a także o relację tego prawa względem zakazu dyskryminacji. R. Iordache słusznie zwraca uwagę, że przywołanie religijnego etosu jako publicznej ekspresji wyznawanej religii mające wpływ na prawa i wolności innych jednostek nie jest sytuacją tożsamą z prawem do sprzeciwu sumienia³⁷⁸. O ile bowiem w przypadku tzw. *conscientious objectors* przyczyna odmowy leży po ich stronie, o tyle w przypadku powołania na etos istotna staje się również cecha usługobiorcy stanowiąca zakazane kryterium dyskryminacji. Odpowiedź na to pytanie wymaga zatem rozstrzygnięcia kilku problemów, przede wszystkim czy odmowa taka może być postrzegana jako manifestacja swoich poglądów na gruncie art. 10 KPP.

L. Perriello, analizując ten problem, przywołuje pogląd australijskiego sądu najwyższego stanu Wiktorii, który w orzeczeniu *Christian Youth Camps Limited v. Cobaw Community Health Service Limited* bazując na przepisach prawa krajowego, uznał, iż określone zachowanie może być chronione jako manifestacja o charakterze religijnym, jeśli nie ma innej możliwości działania zapewniającego zgodność postępowania z wymogami wynikającymi z wyznawanej przez usługodawcę religii³⁷⁹. W przytaczanej sprawie organizacja zajmująca się przeciwdziałaniem samobójstwom wśród nieheteronormatywnej młodzieży chciała przeprowadzić dwudniowy zjazd w ośrodku prowadzonym przez chrześcijańską organizację,

³⁷⁸ R. Iordache, *Matters of individual conscience or non-discriminatory access to public services and goods? Denial of access to public goods and services under the colours of religious ethos*, *European equality law review*, nr 2019/1, s. 34.

³⁷⁹ L. Perriello, *Discrimination Based on Sexual Orientation and Religious Freedom in European Contract Law*, *Italian Law Journal*, vol. 4 (2018), No. 2, s. 655.

która odmówiła wynajęcia przestrzeni, powołując się na swoją etykę negatywnie oceniającą homoseksualizm. Sąd uznał, że odmowa ta nie była uzasadniona, ponieważ nie była ona konieczna dla zapewnienia podnoszonej wyżej zgodności. Etyka przywoływana przez usługodawcę nie wymagała bowiem odmowy świadczenia usług osobom homoseksualnym, a poza tym istniały alternatywne sposoby zapewnienia prowadzenia działalności w zgodzie z przekonaniem, np. poprzez ustalenie na terenie ośrodka opartych na nich reguł związanych z poglądem na ludzką seksualność i współżycie seksualne. Zastosowanie tego ujęcia oznaczałoby zatem, że podstawę odmowy świadczenia mogłaby stanowić wyłącznie doktryna religijna zakazująca wchodzenia w relacje z określonymi osobami.

Analizując to zagadnienie z perspektywy orzecznictwa ETPCz L. Perriello uznaje jednak, iż pogląd oparty na obligatoryjności określonego działania zbyt wąsko traktuje ochronę wyrażania swoich poglądów³⁸⁰. Przywołuje on w tym względzie orzeczenie w sprawie *Eweida p. Wielkiej Brytanii*, w którym stwierdzono, że zachowanie mieści się w ramach pojęcia uzewnętrzniania swojej religii lub przekonań, jeśli jest ono blisko z nimi związane³⁸¹. ETPCz zauważył we wskazywanym orzeczeniu, iż może ono przybrać postać powszechnie uznawanej formy kultu lub pobożności, ale nie ogranicza się wyłącznie do takich aktów, a ustalenie wystarczająco bliskiego i bezpośredniego ogniwa łączącego działanie ze stanowiącym jego podstawę wyznaniem musi być każdorazowo określane przy wzięciu pod uwagę wszelkich okoliczności danej sprawy. Usługodawca nie ma przy tym obowiązku udowodnienia, że działał, wykonując obowiązek nakazany przez daną religię, co oznacza odrzucenie na gruncie prawa europejskiego przesłanki obligatoryjności określonej w ustawodawstwie australijskim. Niemniej przytaczane orzeczenie wskazuje na przyjęcie przez ETPCz kryterium istnienia bliskiego i bezpośredniego związku między działaniem a religią dla uzasadnienia odmowy określonych działań. Prowadzi to do wniosku, że całkowicie prywatne i subiektywne interpretacje wymagań o charakterze religijnym nie spełniają tego kryterium, a zatem nie mogą uzasadniać odmowy świadczenia określonych usług.

Analizując przedstawione zagadnienie, warto przyjrzeć się bliżej konkretnym przypadkom orzeczniczym odnoszącym się do dostępu do dóbr i usług, celem wyciągnięcia wniosków ogólnych, nawet jeśli wykraczają one poza zakres podmiotowy relewantnego prawa

³⁸⁰ *Ibidem*, s. 656.

³⁸¹ Wyrok EPTCz z dnia 27 maja 2013 r., *Eweida i inni p. Wielkiej Brytanii*, skargi połączone nr 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10, par. 82.

UE (część przypadków omówiono już w rozdziale II niniejszej pracy). Należy zwrócić zatem uwagę, że ETPCz rozpatrywał pośrednio tę kwestię w przywoływanym już orzeczeniu *Eweida i inni p. Wielkiej Brytanii* w dwóch z czterech połączonych skarg. Pierwsza z nich odnosiła się do usług publicznych i dotyczyła urzędniczki, która odmówiła rejestracji związków partnerskich osób tej samej płci, powołując się na swoją religię chrześcijańską i wynikający z niej pogląd, iż małżeństwo jest związkiem kobiety i mężczyzny, zaś związki osób tej samej płci sprzeciwiają się prawom boskim³⁸². Druga ze skarg została wniesiona przez zatrudnionego w prywatnym ośrodku świadczącym usługi w zakresie terapii seksuologicznej oraz terapii par doradcy, który odmawiał ich świadczenia osobom homoseksualnym z uwagi na swoje przekonania religijne wedle których zachowania homoseksualne zgodnie z nauczaniem biblijnym stanowią grzech, wobec czego nie powinien on wykonywać jakichkolwiek obowiązków zawodowych mogących sugerować wyrażenie aprobaty dla takich zachowań³⁸³. W obu wypadkach istniały wewnętrzne procedury zobowiązujące osoby zatrudnione do przestrzegania zasady równego traktowania, skutkującego koniecznością świadczenia usług bez względu na m.in. orientację seksualną, których skarżący nie zobowiązali się bezwzględnie przestrzegać. W związku z istnieniem tych reguł zarzucili swoim pracodawcom naruszenie zakazu dyskryminacji ze względu na religię, podnosząc, iż odmowy stanowiły manifestację ich poglądów religijnych.

Jakkolwiek omawiane skargi odnosiły się do kwestii zatrudnienia, można w przywołanym orzeczeniu odnaleźć także argumentację istotną dla właściwego określenia relacji między wolnością religijną a zakazem dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług. ETPCz musiał bowiem rozstrzygnąć, czy faktycznie odmowa świadczenia usługi stanowi manifestację poglądów podlegającą ochronie na podstawie art. 9 EKPC. Zauważył on, że manifestacją nie będą działania czy zaniechania niewyrażające poglądów w sposób bezpośredni albo luźno związanych z zasadami postępowania wynikającymi z wiary, gdyż muszą one pozostawać w bliskich relacjach z wyznawaną religią³⁸⁴. W odniesieniu do pierwszej skarżącej ETPCz uznał, że co prawda odmowa była bezpośrednio motywowana wyznaniem i działanie pracodawcy oddziaływało w związku z tym na wyznawaną przez nią religię, ale decyzja o niestosowaniu względem niej wyjątku była uzasadniona, gdyż cel tego działania był zgodny z prawem (zapewnienie przestrzegania zasady równego traktowania), a samo działanie

³⁸² *Ibidem*, par. 23.

³⁸³ *Ibidem*, par. 31.

³⁸⁴ *Ibidem*, par. 82.

nie wykraczało poza margines uznania przyznawany stronom EKPC. Również w przypadku drugiego skarżącego uznano bezpośredni związek odmowy z chęcią działania w zgodzie z wyznawaną religią, stwierdzając jednocześnie, że i w tym wypadku działanie pracodawcy zmierzało do zapewnienie implementacji wewnętrznych regulacji mających na celu zapewnienie przestrzegania zasady niedyskryminacji, a margines uznania nie został przekroczony.

W omawianych przypadkach warto sięgnąć także do argumentacji zastosowanej przez sądy krajowe. W wypadku urzędniczki odmawiającej rejestracji związków partnerskich osób tej samej płci *England and Wales Court of Appeal* podniósł, iż wolność gwarantowana przez art. 9 EKPC ani nie przyznaje prawa do manifestowania przekonań religijnych w każdym czasie i każdym miejscu wedle wyboru osoby je posiadającej³⁸⁵ ani nie gwarantuje w każdym przypadku prawa do zachowania się w sferze publicznej w sposób podyktowany czymiś przekonaniem³⁸⁶. Sąd nie stwierdził również istnienia podstawy prawnej do przyznania urzędniczce prawa do odmowy świadczenia usług publicznych z uwagi na jej przekonania, a tylko taka podstawa prawna uzasadniałaby zastosowanie wyjątku od przepisów o równym traktowaniu³⁸⁷. Tożsamą argumentację sąd krajowy zastosował również w przypadku skarżącego terapeuty, uznając podobieństwo obu stanów faktycznych³⁸⁸. Podobnie w przypadku hotelarzy odmawiających parze jedнопłciowej wynajęcia pokoju *England and Wales Court of Appeal* uznał, że nakazanie przestrzegania zasady równego traktowania usługodawcom wyrażającym swoje przekonania co do homoseksualności w formie określonej polityki prowadzenia działalności hotelarskiej nie oznacza ograniczenia ich podstawowego prawa do manifestowania tych przekonań. Mogą bowiem to czynić w różny inny sposób, np. poprzez udostępnianie przestrzeni hotelowej organizacjom religijnym czy symbolikę umieszczoną w tej przestrzeni, ale również poza sferą zawodową i komercyjną³⁸⁹. Uwagę zwraca fakt, że sądy w istocie nie rozważały, czy odmowa świadczenia usług stanowi manifestację poglądów religijnych, mimo że zarówno art. 9 EKPC jak i art. 10 KPP zawierają zamknięty katalog form manifestacji, tj. uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i uczestniczenie w obrzędach. Prezentowane stanowiska skłaniają do uznania, że pojęcie

³⁸⁵ Wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r., *Ladele v. London Borough of Islington*, [2009] EWCA Civ 1357, par. 54.

³⁸⁶ *Ibidem*, par. 57.

³⁸⁷ *Ibidem*, par. 73.

³⁸⁸ Wyrok z dnia 29 kwietnia 2010 r., *McFarlane v. Relate Avon Ltd*, [2010] EWCA Civ 880.

³⁸⁹ Wyrok z dnia 10 lutego 2012 r., *Bull & Bull v. Hall & Preddy*, [2012] EWCA Civ 83, par. 50.

manifestacji należy wyklądać szeroko. W takim ujęciu pragnienie działania w zgodzie z nakazami czy normami wynikającymi z przekonań, nie tylko religijnych ale również tych moralnych, np. poprzez odmowę świadczenia usług sprzecznych z nimi należy uznać za formę praktykowania.

W omawianym kontekście niezwykle interesujące jest również zdanie odrębne do orzeczenia *Eweida i inni p. Wielkiej Brytanii* złożone przez sędziów Vučinić i De Gaetano, w którym nie zgodzili się z uznaniem brak naruszenia art. 9 w stosunku do urzędniczki odmawiającej rejestracji związków partnerskich osób tej samej płci. Swoje zdanie odrębne wywodzą z założenia, że przypadek ten nie tyle dotyczy wolności religijnej co wolności sumienia przejawiającej się w zakazie zmuszenia jednostki do działania wbrew jej sumieniu. Jak zauważają, jakkolwiek obie wolności ujęte zostały w treści art. 9, jedynie pierwsza z nich objęta jest jego ust. 2 stanowiącym o możliwości ograniczania wolności uzewnętrzniania z uwagi na m.in. konieczność ochrony praw i wolności innych osób. Sumienie definiują oni przy tym jako wartościowanie danych działań w kategoriach dobra i zła, które to wartościowanie może, ale nie musi być motywowane przekonaniem religijnym. Wziąwszy te dwie okoliczności pod uwagę, doszli do wniosku, iż w wypadku rzeczywistych i poważnych przypadków sprzeciwów sumienia rodzi się po stronie państwa zarówno pozytywny obowiązek respektowania wolności sumienia poprzez ochronę praw osób zgłaszających sprzeciw, jak i negatywny polegający na powstrzymaniu się od działań zmierzających do pokrzywdzenia tych osób wyłącznie z powodu rzeczonego sprzeciwu. W tym konkretnym przypadku zatem, wziąwszy pod uwagę fakt, iż przekonania urzędniczki nie miały wpływu na treść wykonywanych przez nią obowiązków a jedynie na ich zakres, a także fakt powstania konieczności rejestracji związków osób tej samej płci po dacie jej zatrudnienia we właściwym urzędzie, należało zdaniem sędziów zgłaszających zdanie odrębne przyznać jej ochronę jako osobie skutecznie powołującej się na wolność sumienia.

Abstrahując od okoliczności faktycznych omawianego przypadku, należy przy analizie wskazanego stanowiska zwrócić uwagę na pominięcie przez jej autorów faktu, iż w kontekście art. 9 ust. 2 EKPC pojawia się również kwestia dopuszczalności ograniczenia wolności uzewnętrzniania przekonań przez jednostkę celem ochrony praw i wolności innych osób. Wykładnia językowa rzeczonego przepisu skłania do uznania, że pojęcie przekonań (ang. *beliefs*) ma inną treść niż określone w art. 9 ust. 1 pojęcia myśli (ang. *thought*), sumienia (ang. *conscience*) i wyznania (ang. *religion*), które zdefiniowano na wstępie poniższego podrozdziału. Określając ich zakres, wskazano na element łączący je wszystkie, tj. właśnie

poglądy, czy to na różne sfery życia społecznego (wolność myśli), te związane z moralnymi kategoriami dobra i zła (wolność sumienia), czy też wreszcie te motywowane względami religii (wolność religii). Poglądy mogą mieć zatem zarówno umocowanie religijne jak i moralne czy świeckie. Z tego względu posłużenie się w art. 9 ust. 2 terminem przekonania oznacza, iż mogą one być ograniczenie bez względu na ich pochodzenie, a zatem również w sytuacji związanej z wolnością sumienia. Problem w omawianym przypadku dotyczył zatem nie dopuszczalności ograniczenia, ale badania go pod kątem proporcjonalności.

Odnosząc powyższe rozważania bezpośrednio do prawa UE, należy zauważyć, że TSUE w dość ograniczonym zakresie wypowiedział się dotychczas w kwestii wolności religijnej. W odniesieniu do problematyki manifestowania przekonań warto jednak zwrócić uwagę na wyrok w sprawie *Achbita i inni p. G4s Secure Solutions NV*, jakkolwiek dotyczył on relacji pomiędzy pracownikiem a pracodawcą, który w ramach realizacji polityki neutralności nie zezwalał na noszenie przez osoby zatrudnione widocznych symboli wskazujących na przekonania polityczne, światopoglądowe czy też religijne. Po pierwsze, w kontekście art. 10 KPP TSUE potwierdził, że pojęcie religii w nim zawarte „należy interpretować jako obejmujące zarówno *forum internum*, czyli prawo do posiadania przekonań, jak i *forum externum*, czyli prawo do publicznego uzewnętrzniania wyznawanej wiary religijnej”³⁹⁰. Po drugie, uznał, odwołując się do zasady proporcjonalności, iż wolność manifestowania poglądów może podlegać ograniczeniom, o ile zmierzają one do realizacji prawnie uzasadnionego celu (w tym wypadku realizacji polityki neutralności politycznej, światopoglądowej lub religijnej w relacjach z klientami z sektora zarówno publicznego jak i prywatnego³⁹¹), a środki podjęte w tym celu są adekwatne (w tym wypadku zakaz noszenia widocznych symboli, o ile polityka neutralności jest faktycznie realizowana w sposób spójny i systematyczny³⁹²).

Z racji na ograniczony zakres podmiotowy TSUE nie miał dotychczas okazji wypowiedzieć się co do odmowy świadczenia lub dostarczania usług lub towarów z powołaniem się na przekonania usługodawcy. R. Iordache zwraca jednak uwagę, że w tym zakresie można by dostrzec pewną analogię do przepisów dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie

³⁹⁰ Wyrok z dnia 14 marca 2017 r. w sprawie C-157/15, *S. Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. G4S Secure Solutions NV*, ECLI:EU:C:2017:203, pkt 28.

³⁹¹ *Ibidem*, pkt 37.

³⁹² *Ibidem*, pkt 40.

zatrudnienia i pracy³⁹³, odwołującej się do pojęcia etyki opierającej się na religii lub przekonaniach przy określaniu wyjątku od zasady równego traktowania w postaci szczególnych wymogów zawodowych³⁹⁴. Jak podnosi R. Iordache, wynikające z dyrektywy pojęcie etosu religijnego w orzecznictwie TSUE powiązано ściśle jako wyjątek z zasadą proporcjonalności. W orzeczeniu w sprawie *Egenberger* podniósł on, że wymóg zawodowy musi być „konieczny i obiektywnie podyktowany w świetle etyki danego kościoła lub danej organizacji bądź charakteru i warunków wykonywania danej działalności zawodowej”, a także nieobejmujący „względów niezwiązanych z tą etyką”³⁹⁵. Natomiast w orzeczeniu w sprawie *IR p. JQ* potwierdził, że należy w tym wypadku uwzględniać kontekst i rodzaj prowadzonej działalności³⁹⁶, a także uznał, iż zakładane ryzyko naruszenia etyki musi być prawdopodobne i poważne³⁹⁷, by móc powołać się na etos przy odmowie zatrudnienia. Na bazie tych wypowiedzi R. Iordache przypuszcza, jak się zdaje słusznie, iż w wypadku powołania się na wolność przekonań jako okoliczności uzasadniającej odmowy świadczenia lub dostarczania towarów lub usług, TSUE zastosowałby podobne rygorystyczne kryteria³⁹⁸ związane chociażby z obiektywnym wynikaniem rzeczonyj odmowy z przekonań usługodawcy, wagą zagrożenia dla jego etosu czy z charakterem usługi.

Konieczność zapewnienia właściwego balansu pomiędzy wolnością myśli, sumienia i religii a prawem do równego traktowania prowadzi poza tym do powstania problemu związanego z badaniem zasadności tych przekonań. Punkt wyjścia do rozważań w tym zakresie stanowi pogląd ETPCz, wedle którego władze państwowe nie mogą co do zasady dokonywać oceny ani zasadności przekonań religijnych ani sposobu ich wyrażania, o ile nie zachodzą pewne szczególne okoliczności³⁹⁹. Pytanie zaktualizowało się w przypadku omawianego już w drugim rozdziale niniejszego opracowania wyroku polskiego Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r. o sygnaturze akt II KK 333/17 dotyczącego odmowy wydrukowania materiałów promocyjnych dla organizacji reprezentującej interesy osób nieheteronormatywnych z uwagi na przekonania religijne usługodawcy. Analizując jego

³⁹³ OJ L 303, 2.12.2000, p. 16-22.

³⁹⁴ R. Iordache, *op. cit.*, s. 38.

³⁹⁵ Wyrok TSUE z dnia 17 kwietnia 2018 r. w sprawie C-414/16, *V. Egenberger p. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, ECLI:EU:C:2018:257, pkt 69.

³⁹⁶ Wyrok TSUE z dnia 11 września 2018 r. w sprawie C-68/17, *IR p. JQ*, ECLI:EU:C:2018:696, pkt 50.

³⁹⁷ *Ibidem*, pkt 53.

³⁹⁸ R. Iordache, *op. cit.*, s. 38.

³⁹⁹ I. Kamiński, *op. cit.*, s. 332.

zastrzeżenia, sąd sięgnął do Katechizmu Kościoła Katolickiego nakazującego traktowanie osób homoseksualnych z szacunkiem i bez oznak niesłusznej dyskryminacji. Celem odwołania się do dokumentu stanowiącego oficjalną wykładnię doktryny wiary i moralności katolickiej było w tym przypadku zestawienie z nimi poglądów usługodawcy. Jak wskazano przy definiowaniu zakresu art. 9 EKPC oraz art. 10 KPP, sam dyskryminacyjny pogląd nieumocowany w szerszej strukturze religijnej, moralnej czy społecznej nie zasługuje na ochronę na podstawie omawianych przepisów. W takim kontekście zrozumiałe jest zestawienie subiektywnych odczuć usługodawcy z oficjalnym nauczaniem wspólnoty, jeśli powołuje się on na zasady jej wiary, wywodząc z nich swój sprzeciw. Póki przekonania spełniają określone wyżej kryteria wynikające z orzecznictwa ETPCz i są w związku z tym przekonaniem podlegającymi ochronie na podstawie art. 9 EKPC oraz art. 10 KPP nie mogą podlegać weryfikacji ich prawdziwości czy zasadności. Kwestię ich wpływu na możliwość odmowy dostępu do dóbr czy usług wyznaczają bowiem inne, wcześniej już omówione, kryteria. Niemniej należy podzielić stanowisko polskiego Sądu Najwyższego o możliwości sięgnięcia w przypadku przekonań religijnych do oficjalnej wykładni zasad wiary w przypadkach takich, jak ten sygnalizowany, gdy celem jest ustalenie ich zakresu. Taka analiza służy również ochronie usługodawcy, jako że może okazać się istotna przy określeniu, czy nieprzyznanie ochrony jego odmowie będzie stanowiło zmuszenie do działania w sposób sprzeczny z poglądami, a zatem naruszenie ściśle chronionej sfery *forum internum*.

W omawianym kontekście warto też zauważyć, że A. Gray odnotowuje również pogląd, zgodnie z którym rozgraniczenie pomiędzy posiadanymi przekonaniem a działaniami nimi motywowanymi, a zatem manifestacją, jest sztuczną konstrukcją, skoro działania te są wynikiem przekonania⁴⁰⁰. Stanowisko to, jak podnosi, wywodzi się z uznania znaczenia przekonania, w szczególności tych religijnych, dla tożsamości jednostki i jej funkcjonowania w życiu społecznym. Jego przyjęcie oznaczałoby w zasadzie uznanie, że nie jest możliwe jakiegokolwiek ograniczenie manifestacji poglądów, co czyni to stanowisko irrelevantnym dla rozważań poczynionych w niniejszym podrozdziale. Jak bowiem stwierdzono powyżej, art. 9 EKPC wprost przewiduje możliwość ograniczania elementów omawianej wolności należących do sfery *forum externum*, a pośrednio także art. 52 ust. 1 ustanawiający ogólne

⁴⁰⁰ A. Gray, *The Reconciliation of Freedom of Religion with Anti-Discrimination Rights*, Monash University Law Review, vol. 42 (2016), No 1, s. 104.

kryteria ustanawiania ograniczeń w korzystaniu z praw i wolności podstawowych, gdy uzasadnia to potrzeba ochrony praw i wolności innych jednostek.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że w określonych wypadkach przekonania, w szczególności religijne, mogą zgodnie z prawem UE stanowić uzasadnienie odmowy świadczenia usług lub dostarczania towarów. Po pierwsze, ochronie podlegać będą wyłącznie przekonania charakteryzujące się pewnym stopniem powagi, spójności i istotności, które zarazem muszą być przekonujące oraz nie mogą być sprzeczne z pojęciem godności ludzkiej, a zatem nie mogą same w sobie statuować nierównego traktowania innych jednostek. Po drugie, odmowa taka będzie stanowiła uzewnętrznienie religii lub przekonań, jeśli będzie z nimi blisko związana, co wyklucza całkowicie prywatne i subiektywne interpretacje wymagań o charakterze np. religijnym. Należy przy tym poczynić zastrzeżenie, że ani art. 10 KPP ani art. 9 EKPC nie gwarantują ani prawa do uzewnętrznienia przekonań w każdym miejscu i czasie ani do zachowania się w sposób podyktowany tymi przekonaniem w sferze publicznej. Po trzecie, granicę przyznania ochrony wyznacza zakaz zmuszenia jednostki do działania w sposób sprzeczny z jej przekonaniem, przy czym korzystanie z praw i wolności nie może powodować zniwelowania praw i wolności innych jednostek (art. 17 EKPC). Po czwarte, uzewnętrznianie przekonań w sferze komercyjnej może podlegać większym ograniczeniom, szczególnie jeśli istnieją inne metody manifestowania swoich przekonań lub jeśli jest to możliwe w innych sferach życia. Po piąte, organy stosujące prawo w sytuacji konfliktu między prawem wynikającym z art. 10 KPP a prawem do równego traktowania nie mogą co do zasady dokonywać oceny zasadności czy sposoby wyrażania przekonań, przy czym wskazane może okazać się sięgnięcie do oficjalnej wykładni np. zasad wiary dla ustalenia ich rzeczywistego zakresu i odróżnienia od subiektywnych interpretacji usługodawcy niekoniecznie zasługujących na przyznanie ochrony.

5. Wolność wypowiedzi

5.1. Zakres przedmiotowy art. 11 KPP

Zgodnie z art. 11 KPP każdy ma prawo do wolności wypowiedzi obejmujące wolność posiadania poglądów, a także otrzymywania oraz przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych, również bez względu na granice państwowe. Zgodnie z Wyjaśnieniami prawa w nim zagwarantowane odpowiadają tym określonym w art. 10 EKPC, w związku z czym uzasadnione jest sięgnięcie do orzecznictwa ETPCz celem ogólnego określenia zakresu omawianego prawa i jego związku z zasadą niedyskryminacji. Orzecznictwo

pozwala na przyjęcie, że omawiana wolność obejmuje wszelkie rodzaje wypowiedzi służących wyrażeniu opinii, idei lub informacji, takie jak wypowiedzi natury politycznej, artystyczne czy o charakterze handlowym, niezależnie od ich treści oraz wybranego sposobu komunikowania się (obejmuje to również określone działania takie jak protest)⁴⁰¹. W orzeczeniu *Handyside p. Wielkiej Brytanii* TSUE stwierdził, że omawiana wolność stanowi podstawę społeczeństwa demokratycznego, w związku z czym obejmuje ona nawet wypowiedzi obraźliwe czy szokujące⁴⁰². Niektóre pozostają jednak poza zakresem ochrony, m.in. te o charakterze rasistowskim⁴⁰³, co pozwala na przyjęcie ogólnego wniosku, że wypowiedzi o charakterze dyskryminującym jako szerzące nietolerancję nie będą podlegały ochronie. Jak bowiem zauważył ETPCz w orzeczeniu *Gündüz p. Turcji*, tolerancja i szacunek dla równej godności wszystkich ludzi jest podstawą demokratycznego i pluralistycznego społeczeństwa, zaś wypowiedzi noszące znamiona mowy nienawiści, obrażające określone jednostki lub grupy, nie podlegają ochronie na podstawie art. 10 EKPC⁴⁰⁴. Podstawą tego stanowiska jest art. 17 EKPC, zgodnie z którym z praw gwarantowanych nie można czynić użytku zmierzającego do zniweczenia innych praw i wolności albo ich ograniczenia w stopniu większym niż przewidziany przez Konwencję. W decyzji w sprawie *Norwood p. Wielkiej Brytanii* ETPCz podkreślił, że nienawistna mowa, w tym wypadku łącząca w sposób generalny osoby wyznające islam z terroryzmem, jest niezgodna z wartościami proklamowanymi przez EKPC, takimi jak tolerancja i niedyskryminacja⁴⁰⁵. Korzystanie ze swobody wypowiedzi może być zatem ograniczone, gdy prowadzi ono do naruszenia godności człowieka⁴⁰⁶.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż wolność wypowiedzi i zasada niedyskryminacji mogą pozostawać w sytuacji konfliktu⁴⁰⁷, tj. korzystanie przez jednostkę z tej pierwszej, może naruszać prawo do równego traktowania innych jednostek. W kontekście przedmiotu niniejszej rozprawy konieczne jest dookreślenie tego konfliktu poprzez odróżnienie dwóch zbliżonych pojęć, jakimi są mowa nienawiści i mowa dyskryminująca. Pierwszą z nich

⁴⁰¹ M. A. Nowicki, komentarz do art. 10, *op. cit.*, s. 587.

⁴⁰² Wyrok ETPCz z dnia 7 grudnia 1976 r., *Handyside p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 5493/72, par. 49.

⁴⁰³ A. Sharland, *Focus on Article 10 of the ECHR*, *Judicial Review*, vol. 14 (2009), no. 1, s. 67.

⁴⁰⁴ Wyrok ETPCz z dnia 4 grudnia 2003 r., *Gündüz p. Turcji*, skarga nr 35071/97, par. 40-41.

⁴⁰⁵ Decyzja ETPCz z dnia 16 listopada 2004 r., *Norwood p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 23131/03.

⁴⁰⁶ F. Kubler, *How Much Freedom for Racist Speech: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights*, *Hofstra Law Review*, vol. 27 (1998), no. 2, s. 366.

⁴⁰⁷ J. Moses, *Hate Speech: Competing Rights to Freedom of Expression*, *Auckland University Law Review*, vol. 8 (1996), no. 1, s. 185.

można określić jako mowę znieważającą, uwłaczającą czy szykanującą jednostki lub grupy z uwagi na ich cechy tożsamościowe takie jak pochodzenie rasowe lub etniczne czy płeć⁴⁰⁸. Rada Europy zdefiniowała ją jako mowę obejmującą wszystkie formy wypowiedzi szerzące, inspirujące, propagujące lub usprawiedliwiające nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm lub inne formy nienawiści oparte na nietolerancji, takie jak nietolerancja wyrażona w formie dyskryminacji⁴⁰⁹. Dla ustalenia, czy określona wypowiedź stanowi mowę nienawiści, ETPCz bada okoliczności takie jak jej cel, treść (w tym charakter używanego języka mogącego nawoływać do nienawiści lub przemocy), jej potencjalny skutek (zależny np. od audytorium lub publikatora), społeczna rola i pozycja osoby wypowiadającej się oraz charakterystyka osób, których wypowiedź ta dotyczy⁴¹⁰, a także kontekst⁴¹¹ (zarówno w szerokim ujęciu jako kontekst historyczny i społeczny, jak i ten sytuacyjny). Kluczowym elementem definicyjnym omawianego pojęcia jest zatem nienawiść przybierająca formę przemocy słownej, fizycznej czy symbolicznej albo zachęcania do takich działań.

Komponent ten odróżnia mowę nienawiści od mowy dyskryminującej, która nie musi opierać się na nienawiści, gdyż w tym wypadku motywacja sprawcy nie ma aż tak istotnego znaczenia definicyjnego. Dla określenia istoty tego pojęcia znaczenie ma bowiem skutek korzystania ze swobody określonej w art. 11 KPP – w wypadku mowy dyskryminacyjnej wypowiedź, który niekoniecznie nawołuje do nienawiści, stanowi przejaw nierównego traktowania w związku z niekorzystnym ukształtowaniem przez nią sytuacji określonych osób ze względu na ich określoną cechę osobową w porównaniu z innymi osobami nieposiadającymi tej cechy. W takim wypadku wypowiedź nie będzie korzystała z ochrony w ramach swobody wypowiedzi, skoro będzie stanowiła naruszenie przepisów o równym traktowaniu. Przy badaniu, czy dany przypadek stanowi przykład takiej mowy należy zatem przede wszystkim stosować kryteria omówione szczegółowo w rozdziale pierwszym niniejszego opracowania, przy czym nie można pominąć również niektórych okoliczności

⁴⁰⁸ O. Bakircioglu, *Freedom of Expression and Hate Speech*, Tulsa Journal of Comparative and International Law, vol. 16 (2008), no. 1, s. 4.

⁴⁰⁹ Appendix to Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member States on “Hate Speech”, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b> [dostęp: 2 września 2019].

⁴¹⁰ E. Howard, *Freedom of Speech versus Freedom of Religion? The Case of Dutch Politician Geert Wilders*, Human Rights Law Review, vol. 17 (2017), Issue 2, s. 325.

⁴¹¹ M. Oetheimer, *Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law*, Cardozo Journal of International and Comparative Law, vol. 17 (2009), no. 3, s. 439.

istotnych w przypadku mowy nienawiści, przede wszystkim treści i kontekstu wypowiedzi. Okoliczności takie jak społeczna rola i pozycja osoby wypowiadającej się czy użyty publikator lub towarzyszące wypowiedzi audytorium należy z kolei traktować jako przesłanki istotne przy ustalaniu odstraszałej sankcji za naruszenie zakazu dyskryminacji.

Sygnalizowany konflikt pomiędzy swobodą wypowiedzi a zakazem dyskryminacji ma znaczenie dla problematyki konfliktów między prawami podstawowymi usługodawców i usługobiorców. Zgodnie z treścią art. 11 KPP prawo do swobodnego wypowiedzenia się przysługuje bowiem każdemu, a więc również usługodawcy, który może zajmować stanowisko we wszelkich sprawach dotyczących życia społecznego, politycznego czy ekonomicznego, czyli również w sprawach związanych z równym traktowaniem czy sytuacją grup mniejszościowych. Przyjęcie uzasadnionej w drugim rozdziale rozprawy tezy o skutku bezpośrednim praw podstawowych w stosunkach między podmiotami prywatnymi oznacza, że usługodawca może korzystać ze swobody wypowiedzi również w relacjach z usługobiorcami, których prawo do równego traktowania może z kolei zostać naruszone w przypadku, gdy wypowiedź będzie nosiła znamiona mowy dyskryminującej. Przedmiotem dalszych rozważań będzie ten właśnie rodzaj mowy, nie zaś mowa nienawiści, gdyż nie musi ona skutkować nierównym traktowaniem w rozumieniu dyrektyw 2000/43 i 2004/113.

5.2. Zakaz dyskryminacji jako ograniczenie wolności wypowiedzi w prawie UE

Na sygnalizowany problem mowy dyskryminującej z perspektywy prawa UE należy spojrzeć przez pryzmat wyroku TSUE w sprawie *Feryn*⁴¹², który choć odnosi się do zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu, jest niezwykle istotny dla określenia zakresu wolności wypowiedzi także w kontekście dostępu do dóbr i usług. Problem w omawianym orzeczeniu dotyczył publicznego oświadczenia kierownika przedsiębiorstwa usługowego o niezatrudnianiu przez nie cudzoziemców w związku z „niechęcią klientów do udostępniania im mieszkań na czas wykonywania prac”⁴¹³. Pojawiło się w związku z tym pytanie, czy taka wypowiedź stanowiła naruszenie zasady równego traktowania ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, chociaż nie istniały dowody pozwalające przypuszczać, że ktokolwiek w związku z nią stracił możliwość zatrudnienia. Uznając, że wskazywane publiczne oświadczenie stanowiło przejaw dyskryminacji bezpośredniej, TSUE zastosował argumentację

⁴¹² Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397.

⁴¹³ *Ibidem*, pkt 15.

z zastosowaniem wykładni celowościowej. Wskazał bowiem, iż celem dyrektywy 2000/43 jest wspieranie społecznej integracji na rynku pracy, a zawężanie zakresu jej zastosowania do konkretnych przypadków osób biorących udział w procesie rekrutacyjnym utrudniałoby osiągnięcie tego celu. Tymczasem oświadczenia podobnej treści mogą faktycznie utrudniać dostęp do rynku pracy, zniechęcając potencjalnych pracowników do aplikowania o pracę z uwagi na stosowanie kryteriów dyskryminacyjnych⁴¹⁴. TSUE uznał zatem, że przytaczana wypowiedź stanowiła sama w sobie akt nierównego traktowania, a więc jako przykład mowy dyskryminującej nie mogła zostać objęta ochroną na podstawie art. 11 KPP.

Przekładając przytaczane orzeczenie na sferę dostępu do dóbr i usług, również należy sięgnąć do celów przyświecających dyrektywom antydyskryminacyjnym. Zgodnie z motywem 12 preambuły dyrektywy 2000/43 „w celu zapewnienia rozwoju demokratycznych i tolerancyjnych społeczeństw, umożliwiających uczestnictwo wszystkich osób, bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, szczególna akcja dotycząca dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne musi wykraczać poza działalność zarobkową oraz niezarobkową i powinna obejmować takie dziedziny jak (...) opieka społeczna włącznie z (...) dostępem do dóbr i usług oraz ich dostarczaniem”. Z kolei w motywie 9 preambuły dyrektywy 2004/113 wskazano, że „dyskryminacja ze względu na płeć (...) może być również szkodliwa, stanowić przeszkodę dla pełnej i skutecznej integracji mężczyzn i kobiet w życiu gospodarczym i społecznym”, zaś w motywie 10, iż „problemy te uwidaczniają się w szczególności w zakresie dostępu do towarów i usług”, a zatem „powinno się zapobiegać i znosić dyskryminację ze względu na płeć w tym zakresie”. Przytaczane fragmenty, wskazując jasno na cele dyrektyw 2000/43 i 2004/113, uzasadniają zastosowanie w ich przypadku argumentacji tożsamej do zaprezentowanej w uzasadnieniu do orzeczenia *Feryn*. Publiczne oświadczenie usługodawcy o nieświadczeniu usług lub świadczeniu tych gorszej jakości stanowiłoby zatem przejaw dyskryminacji bezpośredniej, gdyż mogłoby stanowić dla części usługobiorców przeszkodę w pełnym uczestnictwie w życiu gospodarczym.

O ile zatem nie ma wątpliwości, iż konflikt pomiędzy swobodą wypowiedzi a prawem do równego traktowania ma w istocie charakter pozorny w przypadku deklaracji przybierających formę mowy dyskryminującej, o tyle konflikt ten nabiera realnego charakteru, gdy korzystanie ze swobody wypowiedzi ma uzasadniać odmowę świadczenia usługi. Problem ten jest aktualny szczególnie w związku ze spersonalizowanym i artystycznym charakterem

⁴¹⁴ *Ibidem*, pkt 28.

niektórych usług, tak jak miało to miejsce w przypadku przywoływanych w rozdziale drugim niniejszej pracy orzeczeń dotyczących usług cukierniczych i drukarskich. W takim wypadku pojawia się pytanie, czy usługa lub towar same w sobie stanowią wypowiedź chronioną w ramach swobody gwarantowanej przez art. 11 KPP. Z jednej strony nie można uznać, być może z nielicznymi wyjątkami, iż w jakiś sposób spersonalizowana usługa lub towar będą stanowiły dzieło artystyczne, za pośrednictwem którego usługodawca przedstawiałby swoje osobiste poglądy dotyczące otaczającej go rzeczywistości. W zakresie doboru wypowiedzi mającej znaleźć odzwierciedlenie w formie usługi lub towaru jest on bowiem co do zasady zależny od usługodawcy, co oznacza, iż wykonanie usługi lub towaru nie jest wypowiedzią usługodawcy podlegającą ochronie na podstawie art. 11 KPP. Swoboda ogranicza się zatem do odmowy wykonania usługi lub towaru umożliwiającej utrwalenie lub zaprezentowanie takiej wypowiedzi. Z drugiej natomiast strony nie można pominąć faktu zaangażowania przez usługodawcę jego zdolności artystycznego wyrazu przy wykonywaniu usługi. Z punktu widzenia konfliktów między swobodą wypowiedzi a prawem do równego traktowania pojawia się więc kluczowe pytanie, czy usługodawcy przysługuje prawo do odmowy wykonania usługi lub towaru, które miałyby stanowić jakąś formę wypowiedzi, z którą usługodawca się nie zgadza.

Odpowiedź na nie wymaga rozważenia dwóch zasadniczych problemów. Po pierwsze, należy zastanowić się, czy odmowa wykonania usługi stanowi działanie podlegające ochronie jako forma wypowiedzi w sprawach publicznych. Można to zilustrować na przykładach przywoływanych już orzeczeń amerykańskiego i brytyjskiego, gdzie odmowa wykonania usług cukierniczych miała stanowić formę zmanifestowania poglądu politycznego sprzeciwiającego się przyznaniu takich samych praw parom różno- i jedнопłciowym. Nie sposób nie przyznać takiemu aktowi waloru zajęcia stanowiska w sprawie dotyczącej życia publicznego, choć jest on co do zasady skierowany do dość ograniczonego kręgu odbiorców. Okoliczność ta nie ma jednak znaczenia, gdyż przyznanie prawom podstawowym skutku horyzontalnego oznacza w przypadku swobody wypowiedzi, iż nie musi ona mieć charakteru publicznego w takim znaczeniu, że wypowiedź może dotrzeć do nieograniczonej liczby odbiorców dzięki wybranym środkom przekazu. Wynika z tego również wniosek, że komponent komunikatywny nie wydaje się zbyt mały by uznać ją za wypowiedź podlegającą ochronie⁴¹⁵. W odróżnieniu od omawianego wyżej na przykładzie orzeczenia *Feryn* przypadku

⁴¹⁵ W. Sadurski, *Offending with Impunity: Racial Vilification and Freedom of Speech*, Sydney Law Review, vol. 14 (1992), no. 2 s. 169.

mowy dyskryminującej występuje w niej bowiem element zajęcia konkretnego stanowiska w debacie na temat o istotnym znaczeniu we współczesnej debacie publicznej. Tak określony komponent uzasadniający odmowę świadczenia usługi lub dostarczenia towaru ma zatem kluczowe znaczenie dla uznania, iż odmowa ta może stanowić w pewnych wypadkach wypowiedź podlegającą ochronie na podstawie art. 11 KPP.

Po drugie, należy rozważyć problem ewentualnego współuczestniczenia w prezentowaniu określonych poglądów w przypadku, gdy świadczona usługa lub dostarczony towar przybrać mają formę ekspresji idei, z którymi usługodawca się nie zgadza. Jest to o tyle istotny aspekt omawianego problemu, że dotyka również wewnętrznego aspektu wolności wypowiedzi jakim jest wolność posiadania poglądów. Niemniej i ta analiza może wymagać uszczegółowienia z punktu widzenia audytorium, które będzie miało styczność z wykonaną usługą lub dostarczonym towarem. Niektóre z nich nie będą miały charakteru publicznego, gdyż będą skierowane do mniej lub bardziej określonego odbiorcy, tj. samego usługobiorcy lub osób z jego bliskiego otoczenia (np. tort), lecz w przypadku niektórych usług i towarów możliwe jest ich udostępnienie nieokreślonej grupie odbiorców (np. baner lub ulotki). Można tymczasem zakładać, iż usługodawca niezgadzający się z przekazywaną za ich pośrednictwem wypowiedzią może nie chcieć, by sygnowane przez niego usługi lub produkty były kojarzone z określonymi grupami lub poglądami społecznymi czy politycznymi. W tym znaczeniu nieprzyznanie usługodawcy prawa do odmowy świadczenia usługi z uwagi na swobodę wypowiedzi, które następnie będzie podlegało procesowi balansowania z prawem do równego traktowania, mogłoby stanowić naruszenie art. 11 KPP. Przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której usługodawca wbrew posiadanym przez siebie poglądom może być łączony z ideami, z którymi się nie zgadza. Okoliczność ta ma jednak znaczenie wyłącznie w przypadku usług wymagających szczególnie zindywidualizowanego wkładu pracy usługodawcy. Jeśli bowiem jego praca ma mieć charakter wyłącznie odtwórczy i polegać np. na odtwórczym wytworzeniu materiałów z gotowego wzoru, przyznana mu ochrona nie powinna mieć szczególnego charakteru.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że wypowiedzi noszące znamiona mowy dyskryminującej, a więc skutkujące zróżnicowanym traktowaniem w dostępie do dóbr i usług, nie korzystają z ochrony jako przejaw korzystania ze swobody wypowiedzi, o ile nie zawierają komponentu zajęcia stanowiska w sprawach istotnych dla debaty publicznej, najczęściej przybierającego formę uzasadnienia odmowy świadczenia usługi lub dostarczenia towaru. Nie oznacza to rzecz jasna przyznania usługodawcom bezwzględного prawa

do nieobsługiwania określonych grup usługobiorców, a jedynie stanowi wyraz konieczności uwzględnienia bezpośredniego skutku przysługującej im swobody wypowiedzi, który następnie będzie przedmiotem rozważań w ramach omówionej w rozdziale drugim niniejszego opracowania metodologii rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi. Istotne jest w tym względzie uwzględnienie przede wszystkim twórczego charakteru niektórych usług, ale również okoliczności istotnych dla każdego przejawu mowy dyskryminującej, takich jak charakter wypowiedzi i ich treść. Należy jednak zwrócić w tym kontekście uwagę także na pewien szczególny aspekt łączący omawianą wartość z prawem do równego traktowania. Jak bowiem podnosi J. Powell w odniesieniu do balansowania między wskazywanymi prawami, wspólną wartość umożliwiającą rozstrzygnięcie konfliktu między nimi jest partycypacja⁴¹⁶. Celem swobody wypowiedzi jest możliwość uczestnictwa w wymianie myśli stanowiącej podstawę demokratycznych społeczeństw, podczas gdy celem wspomnianego wyżej prawa jest możliwość uczestnictwa na równych zasad w życiu społeczno-gospodarczym tegoż społeczeństwa. Aspekt ten musi zatem być brany pod uwagę przy rozstrzyganiu sytuacji spornych w omawianym zakresie.

6. Podsumowanie

W niniejszym rozdziale dokonano analizy praw i wolności podstawowych usługodawców mogących wchodzić w konflikty z prawami i wolnościami usługobiorców. W przypadku wolności prowadzenia działalności gospodarczej wskazano, że art. 16 KPP należy zakwalifikować jako kreujący zasadę, gdyż nie określa on ani jej treści ani istoty, zawierając jedynie odwołanie do przepisów prawa unijnego oraz porządków krajowych państw członkowskich. Analiza tej zasady i wynikającej z niej swobody umów w świetle dyrektyw statuujących zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług wykazała, że przepisy o równym traktowaniu ograniczają swobodę wyboru kontrahenta wyłącznie w zakresie, w jakim eliminują irrelevantne z punktu widzenia stosunku prawnego cechy osobiste jednostki mogące stanowić podstawę dyskryminacji. Przepisy te nie ograniczają jednak możliwości wzięcia pod uwagę szeregu subiektywnych czynników przy dokonywaniu tego wyboru. Wykazano poza tym, że zasada niedyskryminacji stanowi jedną z zasad prawa prywatnego, która w istocie ma za zadanie zapewnienie realizacji swobody kontraktowej. Zasygnalizowano jednak, iż określenie relacji między omawianymi zasadami może być zależne od przyjętego stanowiska

⁴¹⁶ J. Powell, *Worlds Apart: Reconciling Freedom of Speech and Equality*, Kentucky Law Journal, vol. 85 (1996), no. 1, s. 68.

filozoficznego, co jednak stanowi problematykę wykraczającą poza zakres niniejszego opracowania.

Omówiono również problematykę prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wskazując, iż z perspektywy usługodawcy pełni ona w zasadzie wyłącznie funkcję dookreślającą zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług. Szczegółowej analizie poddano wolność myśli, sumienia i religii, określając warunki dla możliwości uzasadnienia odmowy świadczenia usług lub dostarczania towarów przekonaniami chronionymi na podstawie art. 10 KPP. Wskazano przede wszystkim, iż ochronie podlegać nie będą przekonania statuujące nierówne traktowanie innych jednostek. Co więcej, między odmową jako uzewnętrznieniem przekonań a samymi przekonaniami musi istnieć wystarczający bliski i bezpośredni związek, co wyklucza całkowicie prywatne i subiektywne interpretacje wymagań o charakterze np. religijnym. Podniesiono przy tym, że analizowane przepisy nie gwarantują ani prawa do uzewnętrznienia przekonań w każdym miejscu i czasie ani do zachowania się w sposób podyktowany tymi przekonaniami w sferze publicznej. Zastrzeżono jednocześnie, że wobec konfliktu między wolnością myśli, sumienia i religii a prawem do równego traktowania konieczne jest wzięcie pod uwagę, iż z jednej strony nie należy zmuszać jednostki do działania w sposób sprzeczny z jej przekonaniami, zaś z drugiej korzystanie z jej praw i wolności nie może powodować zniwelowania praw i wolności innych jednostek. Poza tym przyjęto tezę, zgodnie z którą uzewnętrznianie przekonań w sferze komercyjnej może podlegać większym ograniczeniom, szczególnie jeśli istnieją inne metody manifestowania swoich przekonań lub jest to możliwe w innych sferach życia.

Przedstawiono wreszcie problematykę relacji pomiędzy wolnością wypowiedzi a prawem do równego traktowania. W ramach tych rozważań podniesiono przede wszystkim, że wypowiedzi o charakterze dyskryminującym jako szerzące nietolerancję nie będą podlegały ochronie na podstawie art. 11 KPP. Dokonano również w tym zakresie rozróżnienia między mową nienawiści a mową dyskryminującą stanowiącą akt naruszający przepisy dyrektyw antidyskryminacyjnych, a zatem także niestanowiącą chronionej wypowiedzi. Wskazano jednak, że konflikt między omawianymi prawami podstawowymi aktualizuje się w sytuacji, gdy korzystanie ze swobody wypowiedzi ma uzasadniać odmowę świadczenia usługi w przypadku spersonalizowanego i artystycznego charakteru niektórych usług. Podniesiono, że odmowa taka może stanowić w pewnych wypadkach formę manifestacji poglądów szczególnie o charakterze politycznym. Stwierdzono również, iż okolicznością, którą należy

brać pod uwagę jest zaangażowanie indywidualnych artystycznych zdolności usługodawcy przemawiające za przyznaniem szczególnej wagi odmowie wykonania usługi lub dostarczenia towaru. Skontestowano jednak, że w przypadku usług niewymagających szczególnie zindywidualizowanego wkładu pracy usługodawcy ochrona odmowy jako formy wypowiedzi będzie miała znikome znaczenie.

Rozdział V

Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług a prawa podstawowe usługobiorców

1. Uwagi ogólne

O ile w przypadku usługodawców prawa i wolności podstawowe mogą służyć w ramach procesu balansowania zwolnieniu z odpowiedzialności za naruszenie zakazu dyskryminacji, o tyle w sytuacji usługobiorców ich prawa i wolności mogą służyć wzmocnieniu argumentacji na rzecz przyznania im większej ochrony w sytuacji konfliktu, jeśli okaże się, iż działanie usługodawcy narusza również inne prawa pozostające w danej sytuacji niejako w zbiegu z prawem do równego traktowania. W toku analizy zarówno postanowień KPP jak i orzecznictwa oraz problemów poruszanych w literaturze przedmiotu zidentyfikowano następujące prawa i wolności podstawowe usługobiorców, które mogą zostać naruszone w związku ze złamaniem zakazu dyskryminacji, tj. prawo do poszanowania godności, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, prawo do ochrony danych osobowych oraz prawo równego dostępu dla osób z niepełnosprawnościami. Postanowiono ponadto poddać analizie zagadnienie wolności myśli, sumienia i religii w kontekście jej negatywnego aspektu i obecności symboli religijnych w przestrzeni usługowej. Celem niniejszego opracowania nie jest jednak wyczerpujące omówienie problemów związanych ze wskazywanymi prawami i wolnościami, ale odniesienie ich do ściśle zawężonego obszaru życia społecznego. W związku z tym w niniejszym rozdziale, tak jak i w poprzednim, przyjęto metodologię, wedle której najpierw w sposób zwięzły dokonano określenia ich zakresu przedmiotowego, a następnie w sposób szczegółowo omówiono ich zastosowanie w przypadku dostępu do dóbr i usług.

2. Poszanowanie godności

2.1. Pojęcie godności w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej

Zgodnie z art. 1 KPP godność człowieka jest nienaruszalna i musi być szanowana oraz chroniona. Jak podniesiono w Wyjaśnieniach, godność ma dwojaki charakter. Po pierwsze, jest ona prawem podstawowym, co oznacza nałożenie na inne podmioty obowiązku powstrzymania się od czynności mogących naruszać to prawo oraz konieczność przyznania jednostce możliwości dochodzenia roszczeń przeciwko ewentualnym naruszeniom⁴¹⁷. Po drugie, godność jest uznawana za podstawę innych praw, a zatem stanowi fundament,

⁴¹⁷ R. Glensy, *The Right to Dignity*, Columbia Human Rights Law Review, Vol. 43 (2011), no. 1, s. 115.

na którym zbudowany został unijny system ochrony praw człowieka. W tym kontekście odesłanie do niej pojawia się w preambule do KPP, gdzie wskazano ją jako jedną z niepodzielnych i powszechnych wartości, na których zbudowano UE, obok wolności, równości i solidarności. Takie odwołania do godności w aktach prawa międzynarodowego i ponadnarodowego mogą spełniać kilka funkcji, tj. symboliczną (godność jako podstawa nowego posttotalitarnego systemu), fundującą (godność jako podstawa systemu ochrony praw człowieka), legalistyczną (godność jako prawo podmiotowe lub zasada prawna służąca interpretacji prawa) oraz mediacyjną (godność jako element wyważania wartości w sytuacji konfliktu)⁴¹⁸.

Pierwsze dwie ze wskazywanych funkcji uwidocznione są szczególnie w aktach składających się na system ochrony praw człowieka ONZ. Chociażby w preambule do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych wskazano, że prawa człowieka wynikają z jego wrodzonej godności⁴¹⁹. D. Shultziner zwraca uwagę, że w związku z symboliczną funkcją godności trudno określić zakres znaczeniowy tego pojęcia – wykorzystywane jako językowy symbol (ang. *a linguistic-symbol*) mający uzasadnić polityczne porozumienia jakimi są akty prawa międzynarodowego czy ponadnarodowego stają się eklektyczne i niejednoznaczne, gdyż dopiero wtedy pozwala na pogodzenie różnych punktów widzenia⁴²⁰. Konieczność pogodzenia różnych poglądów na prawa człowieka, skupionych wokół godności człowieka, pozbawia ją zatem konkretnej treści. Prowadzi to D. Shultziner do słusznego wniosku, że nie można mówić o uniwersalnym znaczeniu godności, ale trzeba je odczytywać zawsze w kontekście konkretnego aktu prawnego rozumianego jako efekt pewnego porozumienia zawartego w określonych warunkach politycznych. Co więcej, zarówno samo porozumienie jak i indywidualne rozumienie godności może w związku z tym być zależne od różnorodnych czynników, takich jak kulturowe⁴²¹, polityczne, historyczne czy konstytucyjne. Zarówno one same jak i ich rozumienie mogą natomiast podlegać zmianom wraz z upływem czasu, co czyni godność pojęciem dynamicznym⁴²².

⁴¹⁸ A. Wróbel, komentarz do art. 1, [w:] Karta Praw Podstawowych. Komentarz, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 39.

⁴¹⁹ Dz. U. 1977 r. Nr 38, poz. 167.

⁴²⁰ D. Shultziner, *Human Dignity – Functions and Meanings*, *Global Jurist*, Vol. 3 (2003), no 3, s. 5.

⁴²¹ B. Hernandez-Truyol, *Hope, Dignity and the Limits of Democracy*, *Northeastern University Law Review*, Vol. 10 (2018), no. 2, s. 660.

⁴²² E. Grant, *Dignity and Equality*, *Human Rights Law Review*, Vol. 7 (2007), no. 2, s. 306.

Przyjęcie tego wniosku prowadzi do postawienia pytania o treść oraz funkcję godności w unijnym systemie ochrony praw człowieka. Jak zauważa A. Wróbel, w kręgu europejskiej kultury prawnej rozumienie godności wywodzi się z chrześcijańskiej i humanistycznej koncepcji człowieka jako zarówno istoty indywidualnej jak i społecznej⁴²³, gdyż są to podstawy wspólne dla wszystkich państw członkowskich. Należy w związku z tym przyjąć, iż w zakresie znaczeniowym godności w prawie UE mieszczą się wartości takie jak poszanowanie autonomii moralnej człowieka, jego wolnej woli oraz tożsamości. Z kolei funkcje omawianego pojęcia w sposób wyraźny wynikają z literalnego brzmienia art. 1 KPP podkreślającego tę legalistyczną oraz tę fundującą, która oznacza, iż korzystanie z jakiegokolwiek prawa zagwarantowanego przepisami KPP nie może prowadzić do naruszenia godności innej osoby, skoro stanowi ona element esencji tych praw. Warto jednak również zwrócić uwagę na funkcję godności w systemie prawa UE wynikającą z orzecznictwa TSUE. W orzeczeniu *Królestwo Niderlandów p. Parlamentowi Europejskiemu oraz Radzie Unii Europejskiej* stwierdził on, że jego zadaniem jest „czuwanie nad poszanowaniem prawa podstawowego do godności ludzkiej” w ramach kontroli zgodności aktów prawnych z zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, co można interpretować jako przyznanie samej godności mocy zasady ogólnej⁴²⁴. Pogląd ten znalazł potwierdzenie w orzeczeniu *Omega*, gdzie TSUE stwierdził, iż „wspólnotowy porządek prawny bezspornie zmierza do zapewnienia poszanowania godności ludzkiej jako ogólnej zasady prawa”⁴²⁵, której przysługuje szczególna waga⁴²⁶. Zasada wyrażona w art. 1 KPP może zatem pełnić funkcję reguły interpretacyjnej zarówno umacniającej zakres ochrony innych praw i wolności, jak i ograniczającej ten zakres⁴²⁷.

2.2. Godność w kontekście dyskryminacji i konfliktów między prawami podstawowymi

W odniesieniu do problematyki omawianej w niniejszej pracy należy zwrócić uwagę na szczególny związek godności z zakazem dyskryminacji i w związku z tym z konfliktami między prawami podstawowymi usługodawców i usługobiorców. Z perspektywy

⁴²³ A. Wróbel, komentarz..., *op. cit.* [w:] Karta Praw Podstawowych. Komentarz, *op. cit.*, s. 36.

⁴²⁴ Wyrok TSUE z dnia 9 października 2001 r. w sprawie C-377/98, *Królestwo Niderlandów i inni p. Parlamentowi Europejskiemu oraz Radzie Unii Europejskiej*, ECLI:EU:C:2001:523, pkt 70.

⁴²⁵ Wyrok TSUE z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH p. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECLI:EU:C:2004:614, pkt 34.

⁴²⁶ *Ibidem*, pkt 16.

⁴²⁷ A. Wróbel, komentarz..., *op. cit.*, [w:] Karta Praw Podstawowych. Komentarz, *op. cit.*, s. 51.

przepisów KPP wydawałoby się, że związek ten polega w istocie wyłącznie na fundacyjnej funkcji godności, przy czym wówczas relacja między nią a prawem do równego traktowania byłaby taka sama jak w przypadku innych praw. Co więcej, ani inne akty prawa pierwotnego ani dyrektywy obejmujące swoim zakresem przedmiotowym zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług nie odwołują się do godności jako uzasadnienia przyjęcia szczególnych środków ochrony. Godność pojawia się wyłącznie jako element definicyjny molestowania i molestowania seksualnego, czyli określonych działań, których celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby. Istotą jakiegokolwiek dyskryminacji jest jednak niekorzystne ukształtowanie czyjejś sytuacji wyłącznie z uwagi na cechy osobiste składające się na tożsamość osoby jako istoty indywidualnej i społecznej. Powiązanie nierównego traktowania z tożsamością pozwala na dostrzeżenie szczególnego związku zakazu dyskryminacji z godnością człowieka.

C. Dias zwraca uwagę, że godność ma wymiar zarówno wewnętrzny (tożsamość i związane z nią poczucie własnej wartości) jak i zewnętrzny (poszanowanie przez innych). Oznacza to, że naruszenie zakazu dyskryminacji rozumianej jako przejaw nierespektowania czyjejś tożsamości stanowi przejaw naruszenia jego godności⁴²⁸. Z kolei R. Siegel wskazuje, że godność można rozumieć przez pryzmat równości jako szacunek dla czyjejś tożsamości⁴²⁹. Bezpośredni związek między godnością a równością TSUE dostrzegł chociażby w orzeczeniu *P p. S*, uznając, iż tolerowanie nierównego traktowania z powodu transpłciowości byłoby jednoznaczne z nieposzanowaniem godności i wolności przysługujących osobie dyskryminowanej, których to wartości TSUE ma obowiązek chronić⁴³⁰. Takie tożsamościowe ujęcie równości i niedyskryminacji prowadzi do uznania, że środki wprowadzające krzywdzące zróżnicowanie jednostek w oparciu o ich cechy osobowe, takie jak płeć czy pochodzenie rasowe lub etniczne, stanowią każdorazowo naruszenie ich godności⁴³¹. W tym kontekście można mówić o szczególnym związku między omawianymi pojęciami, gdyż w przypadku innych praw podstawowych ich naruszenie nie musi jednocześnie oznaczać naruszenia godności człowieka.

⁴²⁸ C. Dias, *Identity, Dignity, Culture and Human Rights*, Human Rights, Vol. 4 (2009), no. 2, s. 135.

⁴²⁹ R. Siegel, *Dignity and Sexuality: Claims and Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-Sex Marriage*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 10 (2012), no. 2, s. 365.

⁴³⁰ Wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-13/94, *P p. S i Cornwall County Council*, ECLI:EU:C:1996:170, pkt 22.

⁴³¹ K. Monaghan, *Equality and Non-Discrimination*, Judicial Review, Vol. 16 (2011), no. 4, s. 420.

W świetle powyższego należy wreszcie zwrócić szczególną uwagę na sygnalizowaną już mediacyjną funkcję godności. Zdaniem C. McCruddena może ona bowiem stać się wartością, umożliwiającą przypisanie skonfliktowanym prawom określonej wagi w procesie balansowania⁴³², omówionym w drugim rozdziale niniejszej pracy. Dla zastosowania takiej wspólnej miary rozwiązującej problem niewspółmierności należy oczywiście przyjąć wynikające ze wskazywanej wyżej funkcji fundującej założenie, że godność leży u podstaw lub jest w pewnym zakresie częścią treści wszystkich praw i wolności gwarantowanych przez KPP. Konieczne jest jednak poczynienie dodatkowej uwagi – rozwiązywanie konfliktów będzie możliwe tylko, jeśli uzna się, iż kontekst godnościowy w sytuacji sporu może występować w różnym natężeniu, gdyż tylko wówczas możliwym będzie przypisanie większej wartości twierdzeniom jednej ze stron sporu. To zróżnicowane natężenie może zasadniczo wynikać z dwóch okoliczności. Po pierwsze, należy uznać, iż niektóre prawa lub wolności mogą angażować godność w większym stopniu niż inne – będzie to dotyczyło szczególnie tych silnie związanych z tożsamością człowieka, takich jak prawo do równego traktowania, prawo do poszanowania życia prywatnego czy wolność religijna. Nie można jednak *a priori* stwierdzić, że będą one miały taką samą wartość godnościową, gdyż trudno ją określić w sposób abstrakcyjny, choć należy oczywiście wziąć pod uwagę wywiedziony powyżej szczególny charakter relacji pomiędzy godnością i prawem do równego traktowania. Po drugie więc, należy każdorazowo brać pod uwagę kontekst konkretnego przypadku, w którym np. stopień ograniczenia lub naruszenia praw stron będzie wpływał na ich oszacowanie pod kątem godności. Bazując na przywoływanych wcześniej przypadkach orzeczniczych, można podać przykład odmowy świadczenia usługi z uwagi na przekonania religijne, która to odmowa może angażować jednocześnie inne istotne prawa lub wolności takie jak swoboda wypowiedzi. Kumulacja tego rodzaju może zwiększać godnościową wartość twierdzeń jednej strony i skutkować przypisaniem jej większej wartości, nawet jeśli odmowa ta powoduje naruszenie zakazu dyskryminacji mającego z założenia chronić godność usługobiorców poprzez nałożenie szczególnego obowiązku poszanowania ich tożsamości.

3. Poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego

Analiza dokonana w odniesieniu do usługodawców wykazała, że prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego pełni funkcję dookreślenia zakresu

⁴³² C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, The European Journal of International Law, Vol. 19 (2008), no. 4, s. 716.

przedmiotowego zakazu nierównego traktowania poprzez wyłączenie z niego dóbr i usług związanych ze sferą życia prywatnego. Niemniej w przypadku usługobiorców wskazywane prawo spełnia inną rolę, gdyż w określonych przypadkach dyskryminacja może jednocześnie stanowić akt jego naruszenia. W tym zakresie konieczne jest poczynienie dwóch uwag. Po pierwsze, istotnym aspektem poszanowania życia prywatnego podnoszonym w orzecznictwie ETPCz jest ochrona danych osobowych⁴³³, jednak w związku z samodzielnym ujęciem tej problematyki w art. 8 KPP, niezależnym od art. 7, omówiona ona zostanie odrębnie od prawa do poszanowania życia prywatnego.

Po drugie, nieuznawanie statusu rodzinnego usługobiorców w związku z poglądami na kwestię np. małżeństw między osobami różnego pochodzenia etnicznego lub różnego wyznania, albo rodzin tworzonych przez osoby tej samej płci, lub traktowanie ich w gorszy sposób ze względu na ten właśnie status może naruszać prawo do poszanowania życia rodzinnego. W przypadku ostatniego typu rodziny należy zastrzec, iż według ETPCz pojęcie życia prywatnego obejmuje również aspekty fizycznej i społecznej tożsamości jednostki⁴³⁴, takie jak identyfikacja płciowa, imię czy orientacja seksualna⁴³⁵. Jednocześnie art. 9 KPP pozostawia poza zakresem prawa unijnego, a w związku z tym również niniejszego opracowania, problem zdefiniowania rodziny w ustawodawstwie poszczególnych państw członkowskich, stanowiąc, iż prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw. Niemniej wskazywano w rozdziale poświęconym temu zagadnieniu w odniesieniu do praw usługodawców, że naruszenie art. 7 KPP związane może być z naruszeniem autonomii jednostki, jej uprawnienia do rozwijania i realizacja własnej osobowości oraz do zaspokojenia potrzeb osobistych. Podniesiono również, że fundamentalna rola ochrony życia prywatnego i rodzinnego dla zapewnienia rozwoju osobowości jednostki sprawia, że ochrona ta wykracza poza obszar prywatnych relacji rodzinnych i nabiera społecznego znaczenia. Z tego względu gorsze traktowanie w dostępie do dóbr i usług z uwagi na status rodzinny związany z cechami chronionymi takimi jak pochodzenia etniczne lub rasowe, wyznanie czy orientacja seksualna może stanowić również naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

⁴³³ Zob. np. wyrok ETPCz z dnia 4 maja 2000 r., *Rotaru p. Rumunii*, skarga nr 28341/95.

⁴³⁴ Wyrok ETPCz z dnia 4 września 2002 r., *Mikulić p. Chorwacji*, skarga nr 53176/99, par. 53.

⁴³⁵ Wyrok ETPCz z dnia 29 lipca 2002, *Pretty p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 2346/02, par. 61.

4. Ochrona danych osobowych

4.1. Uwagi ogólne

Zgodnie z art. 8 KPP, stanowiącym odzwierciedlenie art. 16 TFUE, każdy ma prawo do ochrony dotyczących go danych osobowych, które „muszą być przetwarzane rzetelnie w określonych celach i za zgodą osoby zainteresowanej lub na innej uzasadnionej podstawie przewidzianej ustawą”. Wyjaśnienia wskazują na kilka podstaw przyjęcia wskazywanego artykułu. Po pierwsze, są to unijne przepisy o ochronie danych osobowych, spośród których na szczególną uwagę zasługuje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)⁴³⁶ (dalej: RODO). W art. 4 ust. 1 definiuje ono dane osobowe jako „informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatorów takich jak imię i nazwisko, dane o lokalizacji, czynniki określające fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczność tożsamość osoby fizycznej”. Wyróżnia ono w art. 9 ponadto ich szczególne kategorie, tj. ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych, dane genetyczne, biometryczne, dotyczące zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej, których właściwe przetwarzanie będzie kluczowe z perspektywy przepisów antydyskryminacyjnych.

Po drugie, jako podstawę przyjęcia art. 8 KPP wskazuje się art. 8 EKPC ustanawiający prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (omówiony szczegółowo już we wcześniejszej części niniejszej pracy). Po trzecie, w uzasadnieniu do przyjęcia omawianego przepisu odwołano się do Konwencji nr 108 Rady Europy o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych⁴³⁷ (dalej: Konwencja nr 108), która w art. 6 zakazuje automatycznego przetwarzania tzw. szczególnej kategorii danych, czyli „danych ujawniających pochodzenie rasowe, poglądy polityczne, przekonania religijne lub inne, jak również dane osobowe dotyczące stanu zdrowia lub życia seksualnego”, o ile prawo wewnętrzne nie zawiera odpowiednich gwarancji ochrony. Kwestia ochrony praw

⁴³⁶ OJ L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

⁴³⁷ Dz. U. 2003 nr 3, poz. 25.

osobowych z perspektywy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług jest o tyle istotna, że dane wrażliwe lub szczególne, a zatem ujawniające cechy mogące stanowić kryteria dyskryminacyjne, albo inne kategorie danych pośrednio z nimi powiązane są używane przez usługodawców w procesie profilowania usługobiorców, niosącym ze sobą ryzyko nierównego traktowania.

4.2. Mechanizm profilowania usługobiorców i jego cele

Zgodnie z art. 4 pkt 4 RODO profilowanie oznacza „dowolną formę zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych polegającego na wykorzystaniu danych do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, w szczególności do analizy lub prognozy aspektów dotyczących efektów pracy tej osoby fizycznej, jej sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji, zainteresowań, wiarygodności, zachowania, lokalizacji lub przemieszania się”. W procesie profilowania, niezależnie od sfery życia społecznego, w którym jest on używany, A. L. Pap wyróżnił trzy podstawowe fazy⁴³⁸. Pierwsza z nich to obserwacja, zwana także magazynowaniem danych (ang. *data warehousing*), polegająca na ich gromadzeniu czy to ze źródeł wewnętrznych, czy też zewnętrznych względem usługodawcy. W przypadku Internetu możliwe jest to m.in. dzięki analizie profili (rozumianych jako cyfrowa reprezentacja osoby fizycznej) w mediach społecznościowych i na portalach internetowych, plików *cookies* czy też wykorzystaniu cyfrowych śladów zawierających informacje o aktywnościach i tożsamościach użytkowników⁴³⁹. Druga faza to tzw. głęboka analiza danych lub eksploracja danych (ang. *data mining*), w ramach której przy użyciu metod statystycznych ustala się istnienie powtarzalnych zależności pomiędzy określonymi zmiennymi (np. miejsce zamieszkania a terminowość spłaty zadłużenia)⁴⁴⁰. Wynikiem takiej operacji jest kategoryzacja jednostek na podstawie ich obserwowalnych cech umożliwiającą wywnioskowanie ich cech nieobserwowalnych z możliwie najmniejszym marginesem błędu.

Na podstawie dwóch pierwszych stadiów tego procesu można zatem stworzyć profil usługobiorcy, który następnie będzie użyty w trzeciej fazie, tj. wnioskowaniu

⁴³⁸ A. L. Pap, *Profiling, Data Mining and Law Enforcement: Definitions*, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae*, Vol. 277 (2009) s. 278.

⁴³⁹ I. Spieckier, O. Tambou, P. Bernal, M. Hu, *The Regulation of Commercial Profiling – A Comparative Analysis*, *European Data Protection Law Review*, Vol. 2 (2016), Issue 4, s. 536.

⁴⁴⁰ A. J. McClurg, *A Thousand Words Are Worth a Picture: A Privacy Tort Response to Consumer Data Profiling*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 98 (2003), No. 1, s. 71.

(ang. *inference*), gdzie zaaplikowanie wyżej opisanych mechanizmów prowadzi do uzyskania możliwości wnioskowania na bazie posiadanych danych o istnieniu danych niebędących w dyspozycji. Warto zwrócić również uwagę na definicję wypracowaną przez Komitet Doradczy Konwencji nr 108, stanowiącej wszakże jedno ze źródeł art. 8 KPP, zgodnie z którą profilowanie to skomputeryzowana metoda oparta na magazynowaniu i eksploracji danych, umożliwiająca umiejscowienie jednostki z dużym prawdopodobieństwem w określonej kategorii, wykorzystywana w celu podjęcia indywidualnej decyzji dotyczącej tej jednostki⁴⁴¹. Jak słusznie zauważa A. L. Pap, definicja ta przypomina analizę behawioralną, gdzie ustala się korelację pomiędzy określonymi cechami jednostek a ich zachowaniem w taki sposób, by móc zachowanie to przewidzieć lub na nie wpłynąć⁴⁴². Jak zauważa J. Niklas, profilowanie można sklasyfikować m.in. ze względu na zakres automatyzacji, wyróżniając profilowanie nieautomatyzowane, zautomatyzowane (automatyzacja analizy i agregacji danych) oraz zautonomizowane (analiza, agregacja i ostateczne wykorzystanie utworzonego profilu odbywa się bez udziału człowieka) albo ze względu na zakres osób branych pod uwagę, gdzie tworzy się albo profile indywidualne albo profile grupowe umożliwiające statystyczne wnioskowanie o wystąpieniu określonej cechy na bazie przynależności profilowanych osób do określonej populacji⁴⁴³.

Teoretycznie profilowanie dostarcza zatem narzędzi pozwalających na dynamiczną i kontekstualną selekcję istotnych informacji, dzięki czemu ułatwione jest podejmowanie decyzji w różnych obszarach życia⁴⁴⁴. Z tego względu jest ono powszechnie używane w obszarze dostępu do dóbr i usług, np. w sektorze bankowym (ocena wiarygodności kredytowej) czy działalności internetowej (np. dopasowanie oferty poprzez sugerowanie produktów dobranych według historii wyszukiwarek internetowych), co rodzi ryzyko naruszenia zakazu nierównego traktowania również w tym zakresie przedmiotowym⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Recommendation CM/Rec(2010)13 of the Committee of Ministers to member states on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling.

⁴⁴² A. L. Pap, *op. cit.*, s. 279.

⁴⁴³ J. Niklas, *Profilowanie w kontekście ochrony danych osobowych i zakazu dyskryminacji*, http://ptpa.org.pl/site/assets/files/publikacje/opinie/Opinia_profilowanie_w_kontekście_ochrony_danych_osobowych_i_zakazu_dyskryminacji.pdf [dostęp 23 lipca 2019 r.], s. 4.

⁴⁴⁴ E. Graf, *When Automated Profiling Threatens Our Freedom: A Neo-Republican Perspective*, *European Data Protection Law Review*, Vol. 3 (2017), Issue 4, s. 442.

⁴⁴⁵ M. N. Helveston, *Consumer Protection in the Age of Big Data*, *Washington University Law Review*, Vol. 93 (2016), No 4, s. 875.

Profilowanie może bowiem prowadzić do kategoryzacji usługobiorców (ang. *boxing*) objawiającej się zróżnicowaniem przedstawianej im oferty w wyniku analizy danych, w tym danych wrażliwych, skutkującej np. zróżnicowanym ustalaniem ceny z uwagi na sytuację społeczno-ekonomiczną lub dostępność produktów na danym obszarze geograficznym⁴⁴⁶. Ryzyko to dostrzeżono w RODO, które w motywie 71 preambuły stwierdza, iż administrator danych powinien stosować odpowiednie matematyczne lub statystyczne procedury zapobiegające skutkom w postaci dyskryminacji osób fizycznych z uwagi na pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, wyznanie lub przekonania, przynależność do związków zawodowych, stan genetyczny lub zdrowotny, orientację seksualną, zaś w motywie 75 zauważa, iż przetwarzanie danych osobowych, chociażby w celu tworzenia lub wykorzystywania profili osobistych, rodzi ryzyko naruszenia praw lub wolności w postaci dyskryminacji.

4.3. Profilowanie z wykorzystaniem kryteriów dyskryminacyjnych

W przypadku przetwarzania danych rodzącego ryzyko naruszenia zakazu nierównego traktowania należy wyróżnić dwie sytuacje, tj. gdy dane nieodnoszące się bezpośrednio do cech mogących stanowić przyczynę dyskryminacji stanowią podstawę przypuszczenia o istnieniu takich cech oraz gdy bezpośrednio przetwarzane są dane takie jak płeć czy pochodzenie rasowe lub etniczne. Pierwszą z sytuacji można zobrazować na przykładzie sektora usług finansowych, który dysponując dostępem do informacji o transakcjach pieniężnych (np. ich rodzaju, miejscu, czasie, wartości) może wysnuć wnioski o cechach takich jak miejsce zamieszkania i powiązane z tym pochodzenie rasowe lub etniczne, status społeczno-ekonomiczny, stan zdrowia, poglądy polityczne, rodzicielstwo⁴⁴⁷. W 2015 r. badania prowadzone w USA wykazały, że w związku ze stosowaniem profilowania niektóre firmy oferujące obowiązkowe ubezpieczenia samochodów pobierały, niezależnie od ryzyka wypadków samochodowych, wyższe opłaty od społeczności, gdzie większość mieszkańców stanowiły osoby pochodzenia afro-amerykańskiego w porównaniu do tych, gdzie stanowiły one mniejszościową populację⁴⁴⁸. W takim przypadku prawdopodobne są zarówno dyskryminacja

⁴⁴⁶ T. A. Steindel, *A Path toward User Control of Online Profiling*, Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Vol. 17 (2011), Issue 2, s. 469.

⁴⁴⁷ J. Dean Gertz, *The Purloined Personality: Consumer Profiling in Financial Services*, Sand Diego Law Review, Vol. 39 (2002), s. 944.

⁴⁴⁸ Consumer Federation of America, *High Price of Mandatory Auto Insurance in Predominantly African American Communities*, listopad 2015, <https://consumerfed.org/wp->

przez asumpcję, tj. przypisanie określonej cechy na bazie innych danych, jak i dyskryminacja pośrednia, gdzie istotniejszy od przyczyny nierównego traktowania jest jego skutek, jak już podnoszono w pierwszym rozdziale niniejszej pracy. Przetwarzanie wskazywanej kategorii danych nie jest zakazane na gruncie prawa europejskiego, w związku z czym konieczne jest zapewnienie wspomnianych w preambule RODO właściwych mechanizmów ochronnych.

Inaczej przedstawia się ten problem w przypadku tzw. szczególnych kategorii danych osobowych, które RODO wyróżnia w art. 9, określając tym mianem dane ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych, a także dane genetyczne, biometryczne oraz dane dotyczące zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej. Wypada zauważyć, że część z tych cech, ujętych w katalogu zamkniętym, objętych jest zakresem podmiotowym dyrektyw antydyskryminacyjnych odnoszących się do dostępu do dóbr i usług. Co istotne, RODO zawiera również definicje prawne niektórych z wymienianych cech. Dane genetyczne zdefiniowano jako „dane dotyczące odziedziczonych lub nabytych cech genetycznych, które ujawniają niepowtarzalne informacje o fizjologii lub zdrowiu tej osoby i które wynikają w szczególności z analizy próbki biologicznej pochodzącej od tej osoby” (art. 4 pkt 13). Pod pojęciem danych biometrycznych rozumie się z kolei dane „wynikające ze specjalnego przetwarzania technicznego, dotyczące cech fizycznych, fizjologicznych lub behawioralnych, umożliwiające lub potwierdzające jednoznaczną identyfikację osoby, takie jak wizerunek twarzy lub dane daktyloskopijne” (art. 4 pkt 14). Zdefiniowano także dane dotyczące zdrowia jako te o zdrowiu fizycznym lub psychicznym, w tym o korzystaniu z usług opieki zdrowotnej, ujawniające informacje o stanie zdrowia danej osoby (art. 4 pkt 15).

Wskazanych kategorii danych nie można przetwarzać, chyba że zachodzi jeden z enumeratywnie wyliczonych w art. 9 ust. 2 RODO wyjątków. Z perspektywy dostępu do dóbr i usług najważniejsze wyjątki to wyrażenie przez osobę, której dane dotyczą, wyraźnej zgody na ich przetwarzanie w jednym lub kilku konkretnych celach, o ile prawa unijne lub krajowe nie przewiduje możliwości uchylenia wskazywanego zakazu, a także przetwarzanie danych w sposób oczywisty upublicznionych przez osobę, której dotyczą oraz jeśli są one niezbędne do zarządzania usługami opieki zdrowotnej. Pojęcie zgody doprecyzowano w art. 4 pkt 11 jako dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba,

której dane dotyczą, w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego, przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych. Zagadnienie to szczegółowo uregulowano w art. 7 RODO, zgodnie z którym oświadczenie o jej wyrażeniu musi zostać przedstawione w zrozumiałej i łatwo dostępnej formie, jasnym i prostym językiem, a osoba, której dane dotyczą, ma prawo w dowolnym momencie ją wycofać (co, jak zauważa D. Lubasz, stanowi istotną gwarancję ochrony prawa podstawowego wynikającego z art. 8 KPP⁴⁴⁹). W przypadku szczególnych kategorii danych osobowych dodatkowo postawiono wymóg, by zgoda była wyraźna.

W kontekście ochrony przed nierównym traktowaniem będącym wynikiem profilowania należy zwrócić szczególną uwagę na uregulowanie art. 22 ust. 1 RODO przyznającego osobie, której dane dotyczą, prawo do niepodlegania decyzji opierającej się wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu, w tym profilowaniu, jeśli wywołuje ona wobec tej osoby skutki prawne lub w podobny sposób istotnie na nią wpływa. Należy przy tym zastrzec, że nie każde zautomatyzowane przetwarzanie będzie profilowaniem – to pierwsze pojęcie jest szersze, gdyż nie obejmuje dokonania oceny czynników osobowych⁴⁵⁰. Przywoływana zasada nie ma zastosowania w trzech przypadkach, tj. gdy decyzja jest niezbędna do zawarcia lub wykonania umowy między osobą, której dane dotyczą, a administratorem, gdy jest ona dozwolona prawem UE lub państwa członkowskiego, pod warunkiem istnienia właściwych środków ochrony praw, wolności i prawnie uzasadnionych interesów tej osoby oraz gdy osoba ta wyrazi zgodę. Z perspektywy problematyki nierównego traktowania jest to postanowienie o tyle istotne, że zgodnie z art. 22 ust. 4 RODO decyzje te co do zasady nie mogą opierać się na szczególnych kategoriach danych osobowych (za wyjątkiem wyrażenia wyraźnej zgody oraz niezbędności przetwarzania ze względów związanych z ważnym interesem publicznym).

Co za tym idzie, przy podejmowaniu wskazanych wyżej decyzji w oparciu o szczególne kategorie danych konieczne jest istnienie czynnika ludzkiego, który nie może ograniczać się wyłącznie do zaakceptowania decyzji podjętej przez algorytm, ale musi obejmować przeanalizowanie posiadanych danych i autonomiczne podjęcie na ich podstawie decyzji. Postanowienie to ma istotny aspekt praktyczny, gdyż w przypadku całkowicie

⁴⁴⁹ D. Lubasz, komentarz do art. 2 RODO, [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, Warszawa 2018, s. 421.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, s. 563.

zautomatyzowanego podejmowania decyzji pojawiłby się problem odpowiedzialności za naruszenie zakazu nierównego traktowania. Nie byłoby wówczas jasne, czy ponosi ją podmiot używający algorytmu w procesie decyzyjnym czy też np. twórca algorytmu podejmującego decyzje o charakterze dyskryminacyjnym. Druga z możliwości musiałaby zostać rozpatrzona m.in. z uwagi na fakt, że algorytmy przyswajają pewne modele na bazie danych wyselekcjonowanych przez jego twórców, którzy przy doborze danych, nawet nieświadomie, mogą kierować się swoimi uprzedzeniami lub powielać stereotypy (badania wykazały np. że efektem działania algorytmów stosowanych przez wyszukiwarke Google było wyświetlanie kobietom ofert pracy płatnych gorzej niż w przypadku mężczyzn⁴⁵¹). Niemniej jednak należy wskazać, na co zwracano już uwagę, że nawet jeśli w sposób zautomatyzowany nie są przetwarzane dane wrażliwe, ujęte w RODO w katalogu zamkniętym, to mogą być przetwarzane inne dane pośrednio z nimi związane, które w procesie zautomatyzowanego przetwarzania mogą stać się podstawą gorszego traktowania określonej kategorii osób. Przetwarzanie takich danych w sferze dostępu do dóbr i usług niewątpliwie jest objęte zakresem zastosowania art. 22 RODO, gdyż decyzje w tym zakresie mogą istotnie wpływać na osobę, której dane dotyczą (np. w przypadku usług finansowych takich jak kredyty), szczególnie jeśli doprowadzają do naruszenia zakazu dyskryminacji⁴⁵².

W kontekście ochrony danych osobowych na gruncie prawa europejskiego należy również zauważyć, że zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt c RODO nie ma zastosowania do przetwarzania danych osobowych przez osobę fizyczną w ramach czynności o czysto osobistym lub domowym charakterze, co przypomina omówione wcześniej wyłączenia z zakresu dyrektyw antydyskryminacyjnych związane z życiem prywatnym i rodzinnym. W motywie 18 preambuły do RODO wyjaśniono, że chodzi w tym wypadku o działalność bez związku z tą o charakterze zawodowym lub handlowym, taką jak korespondencja i przechowywanie adresów, podtrzymywanie więzi społecznych czy działalność internetowa podejmowana w ramach takiej działalności osobistej. Jeszcze na gruncie przepisów dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych⁴⁵³ TSUE uznał, że wyłączenie to „powinno być interpretowane jako obejmujące

⁴⁵¹ J. Niklas, *op. cit.*, s. 8.

⁴⁵² D. Lubasz, *op.cit.*, s. 571.

⁴⁵³ OJ L 281, 23.11.1995.

wyłącznie działania wchodzące w zakres życia prywatnego lub rodzinnego jednostki”⁴⁵⁴, co koresponduje z omawianą już treścią art. 7 KPP. Wyłączenie to jednak nie będzie obejmowało działalności choćby pośrednio przynoszącej korzyści majątkowe⁴⁵⁵, co może mieć znaczenie nie tylko z perspektywy określenia zakresu ochrony danych osobowych, ale jak już podnoszono wcześniej, również zakwalifikowania danej czynności jako wchodzącej w zakres przedmiotowy przepisów antydyskryminacyjnych.

Z perspektywy problematyki omawianej w poniższej pracy należy wreszcie określić relację pomiędzy prawem usługobiorców do ochrony ich danych osobowych a prawem do równego traktowania. Oczywiście nie każde naruszenie przepisów o gromadzeniu czy przetwarzaniu szczególnych kategorii danych będzie stanowiło przejaw dyskryminacji, gdyż sam fakt ich wykorzystywania nie musi prowadzić do nierównego traktowania. Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że posługiwanie się nimi w procesie profilowania może wywołać skutek dyskryminacyjny, jak wskazano wyżej, w postaci np. zróżnicowania cen lub oferty. Szczególnie jest w tym wypadku ryzyko wystąpienia dyskryminacji pośredniej, gdzie profilowanie może nosić znamiona pozornie neutralnej praktyki mogącej doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób należących do określonej grupy, o ile praktyka ta nie okaże się oczywiście uzasadniona. Dopiero w tym sensie naruszenie zasad ochrony danych osobowych prowadzące do dyskryminacji może wzmocnić argumentację na rzecz usługobiorcy w sytuacji konfliktu między jego prawami a prawami podstawowymi usługodawcy, choć należy pamiętać, że naruszenie to będzie rodziło inne skutki prawne i z tego względu nie może być traktowane nierozłącznie z naruszeniem zakazu dyskryminacji.

5. Wolność myśli, sumienia i religii

Pozytywnemu aspektowi ustanowionej w art. 10 KPP wolności myśli, sumienia i religii pozwalającej, jak wykazano, na uzasadnienie pod pewnymi warunkami odmowy świadczenia lub dostarczania usług lub towarów, towarzyszy również aspekt negatywny, określany w kontekście aspektu religijnego mianem wolności od religii. C. McCrudden, analizując ten aspekt z perspektywy orzecznictwa ETPCz, zauważa, iż w odniesieniu do działań państwa pojawia się on w dwóch podstawowych wersjach, tj. węższej, wedle której państwo nie powinno faworyzować określonej religii względem innych, oraz szerszej nakazującej niefaworyzowanie jej względem szeroko rozumianych przekonań, również tych niemających

⁴⁵⁴ Wyrok TSUE z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-101/01, *Bodil Lindqvist*, ECLI:EU:C:2003:596, pkt 47.

⁴⁵⁵ D. Lubasz, *op. cit.*, s. 138.

charakteru religijnego⁴⁵⁶. Niemniej C. Roberts zwraca uwagę, iż pojęcie negatywnego aspektu wolności religijnej jest pojęciem o nieustalonym zakresie używanym w różnych kontekstach, choć w orzecznictwie ETPCz można odnaleźć jego interpretację jako prawa do nieposiadania określonych przekonań albo do niebycia zmuszonym do uczestniczenia w działaniach związanych z tymi przekonaniami⁴⁵⁷. Zauważa również, iż przede wszystkim w kontekście orzeczenia w sprawie *Lautsi i inni p. Włochom*⁴⁵⁸ można mówić o wolności od styczności z manifestowaniem przekonań przez innych w sferze publicznej. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy wolność ta przysługuje także usługobiorcom w relacjach z usługodawcami.

Jakkolwiek przytaczany wyrok dotyczył oczywiście relacji między jednostką a państwem, warto przywołać go w kontekście stawianego pytania. Przedmiotem rzeczonego postępowania był zarzut naruszenia prawa do wychowania dzieci zgodnie z przekonaniami religijnymi i filozoficznymi rodziców w związku z wieszaniem krzyży w klasach szkoły publicznej. ETPCz zauważył, że obowiązkiem państwa jest powstrzymanie się od narzucania nawet w sposób pośredni przekonań w sferze, w której jednostki są zależne od państwa lub szczególnie podatne na jego władztwo⁴⁵⁹. Podniósł poza tym, że obecność w tej sferze symboli związanych z konkretną religią może mieć negatywny emocjonalny wpływ na osoby niebędące jej wyznawcami⁴⁶⁰. Jego zdaniem bowiem negatywna wolność religijna nie ogranicza się wyłącznie do wolności od działań związanych ze sprawowaniem kultu czy od edukacji religijnej, ale również od praktyk i symboli wyrażających określone przekonania religijne lub te natury ateistycznej. Szczególną ochronę wolności negatywnej należy zdaniem ETPCz przyznać w sytuacji, gdy to państwo manifestuje określone poglądy, a jednostki nie mogą zmienić swojego położenia bez poświęcenia lub nieproporcjonalnych wysiłków. W związku z tym państwo powinno zachować neutralność światopoglądową w obszarze obowiązkowej edukacji publicznej, przyczyniając się do poszanowania zasady pluralizmu, kluczowej dla zachowania demokratycznego charakteru społeczeństwa⁴⁶¹. Należy jednak zauważyć, że orzeczenie to zostało ostatecznie zmienione przez Wielką Izbę,

⁴⁵⁶ C. McCrudden, *Religion, Human Rights, Equality and the Public Sphere*, *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 13 (2011), no. 1, s. 29.

⁴⁵⁷ C. Roberts, *Is There a Right to Be Free from Religion or Belief at Strasbourg*, *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 19 (2017), no. 1, s. 37.

⁴⁵⁸ Wyrok ETPCz z dnia 3 listopada 2009 r., *Lautsi i inni p. Włochom*, skarga nr 30814/06.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, par. 48.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, par. 55.

⁴⁶¹ *Ibidem*, par. 56.

która uznała, iż w omawianym wypadku nie doszło ani do naruszenia wolności religijnej ani prawa rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi gwarantowanego w art. 2 Protokołu nr 1 do EKPC⁴⁶². Uznano bowiem, iż państwa posiadają szeroki margines uznania co do zapewnienia poszanowania różnych przekonań, również w kontekście przytaczanego prawa rodziców⁴⁶³.

Wnioski z omawianego wyroku nie mogą mieć w prosty sposób mieć przełożenia na relacje pomiędzy usługodawcami i usługobiorcami z racji niewystępowania w ich przypadku, co do zasady, szczególnego władztwa jednych nad drugimi. Są one jednak o tyle istotne, o ile potwierdzają istnienie negatywnego aspektu wolności religijnej, którego uznanie może, jak podnosi L. Vickers, stanowić podstawę do ograniczenia pewnych elementów pozytywnej wolności religijnej w przestrzeni publicznej celem ochrony uzasadnionych interesów wynikających z negatywnego aspektu omawianej wolności⁴⁶⁴. Warto w związku z tym zwrócić uwagę na dwa kolejne orzeczenia, przywoływane już w rozdziale czwartym niniejszego opracowania, pośrednio odnoszące się do relacji stanowiących przedmiot niniejszej rozprawy. W wyroku w sprawie *Achbita i inni p. G4S Secure Solutions NV*⁴⁶⁵ badając dopuszczalność prowadzenia przez pracodawcę polityki neutralności w odniesieniu do przekonań zarówno politycznych jak i religijnych w relacjach z klientami, TSUE uznał w kontekście tej polityki dopuszczalność zakazu noszenia ubioru o wydźwięku wyznaniowym. Można zatem argumentować *a contrario*, że tym bardziej dopuszczalna byłaby również polityka zezwalająca na noszenie symboli świadczących o różnych przekonaniach. Z kolei w wyroku *Eweida i inni p. Wielkiej Brytanii*⁴⁶⁶ ETPCz uznał w przypadku jednej ze skarżących, wykonującej obowiązki związane z obsługą klienta, naruszenie jej wolności religijnej w związku z niewyrażeniem przez pracodawcę zgody na noszenie symbolu religijnego w widocznym miejscu.

⁴⁶² Dz. U. 1995 nr 36, poz. 175.

⁴⁶³ Wyrok ETPCz z dnia 18 marca 2011 r., *Lautsi i inni p. Włochom*, skarga nr 30814/06, par. 68.

⁴⁶⁴ L. Wickers, *Religious Freedom: Expressing Religion, Attire, and Public Spaces*, *Journal of Law and Policy*, vol. 22 (2014), no. 2, s. 593.

⁴⁶⁵ Wyrok TSUE z dnia 14 marca 2017 r. w sprawie C-157/15, *S. Achbita i Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. G4S Secure NV*, ECLI:EU:C:2017:203.

⁴⁶⁶ Wyrok ETPCz z dnia 27 maja 2013 r., *Eweida i inni p. Wielkiej Brytanii*, skargi połączone nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10.

Orzeczenia te pozwalają na wyciągnięcie wniosku, iż kwestia manifestacji przekonań w publicznej sferze związanej z dobrami i usługami jest problemem związanym z władztwem usługodawcy nad przestrzenią związaną ze świadczeniem lub dostarczaniem dóbr lub usług jako przestrzenią, w której realizuje on swoją działalność zarobkową, a także wpływem tego władztwa na wolność myśli, sumienia i religii osób zatrudnionych w związku z ustanawianiem wewnętrznych polityk dotyczących jej przestrzegania lub ustanawiających zasadę neutralności. Kwestia ta nie ma natomiast związku z prawami i wolnościami usługobiorców. Oznacza to, iż w obszarze życia społecznego stanowiącym przedmiot niniejszej analizy nie przysługuje im negatywna wolność religijna. Nie ma zatem podstaw do badania tego aspektu art. 10 KPP w związku z prawem usługobiorców do równego traktowania.

6. Prawo równego dostępu do dóbr i usług dla osób z niepełnosprawnościami

6.1. Uwagi ogólne

Chociaż kryterium niepełnosprawności jest wyłączone z zakresu podmiotowego unijnych przepisów antydyskryminacyjnych odnoszących się do dostępu do dóbr i usług, należy rozpatryć je w europejskim kontekście zakazu nierównego traktowania z co najmniej trzech powodów. Po pierwsze, zarówno UE jako organizacja jak i wszystkie państwa członkowskie ratyfikowały Konwencję ONZ o prawach osób niepełnosprawnych⁴⁶⁷ (dalej jako KPON), dotykającą omawianej problematyki, co oznacza, iż zobowiązane są do zapewnienia przestrzegania jej postanowień. Unijne przepisy antydyskryminacyjne w zakresie w jakim odnoszą się do niepełnosprawności należy zatem interpretować w miarę możliwości w świetle postanowień KPON⁴⁶⁸, która jest wiążąca dla instytucji unijnych i ma wobec tego pierwszeństwo przed aktami prawa wtórnego UE⁴⁶⁹ (dotyczy to wyłącznie obszarów, w których UE posiada wyłączne kompetencje⁴⁷⁰), aczkolwiek jest hierarchicznie niżej niż akty prawa

⁴⁶⁷ Dz. U. 2012, poz. 1169.

⁴⁶⁸ Wyrok TSUE z dnia 11 kwietnia 2013 r. w sprawach połączonych C-335/11 i C-337/11, *HK Danmark p. Dansk almennyttigt Boligselskab oraz HK Danmark p. Dansk Arbejdsgiverforening*, ECLI:EU:C:2013:222, pkt 32.

⁴⁶⁹ Wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawie C-366/10, *Air Transport Association of America i inni p. Secretary of State for Energy and Climate Change i inni*, ECLI:EU:C:2011:864, pkt 50.

⁴⁷⁰ A. Hoefmans, *The EU Disability Framework under Construction: New Perspectives through Fundamental Rights Policy and EU Accession in the CRPD*, European Yearbook of Disability Law, Vol. 3 (2012), s. 41.

pierwotnego⁴⁷¹. Po drugie, w projekcie tzw. dyrektywy horyzontalnej przewidywano szczególne rozwiązania dotyczące dostępności usług dla osób z niepełnosprawnościami. Warto zatem rozpatrzyć ten postulowany kierunek rozwoju unijnego ustawodawstwa antydyskryminacyjnego z perspektywy ewentualnych konfliktów między prawami podstawowymi. Jeśli bowiem propozycja ta stałaby się obowiązującym prawem, a tak już jest w niektórych państwach członkowskich⁴⁷², kwestia dostępności dóbr i usług byłaby jednym z elementów wzmacniających ochronę usługobiorców w sytuacjach spornych. Po trzecie wreszcie, w związku z przyjętą w drugim rozdziale niniejszej pracy tezą o bezpośrednim skutku praw podstawowych w relacjach horyzontalnych w odniesieniu do zakazu dyskryminacji konieczne jest rozważenie, czy prawo do dostępnych dóbr i usług stanowi element art. 21 KPP i może być wobec tego rozważane na poziomie prawa unijnego w kontekście relacji między prawami podstawowymi usługodawców i usługobiorców.

W związku z powyższym konieczne jest w pierwszej kolejności umiejscowienie omawianej problematyki w systemie KPP i KPON. W pierwszym z wymienianych dokumentów niepełnosprawność pojawia się w dwóch kontekstach, tj. ogólnej zasady niedyskryminacji (art. 21) oraz integracji. Jak stwierdza się w art. 26, „Unia uznaje i szanuje prawo osób niepełnosprawnych do korzystania ze środków mających zapewnić im samodzielność, integrację społeczną i zawodową oraz udział w życiu społecznym”. Jakkolwiek nie wspomina się tu wprost o dostępności dóbr i usług, nie ulega wątpliwości, że stanowią one istotny element uczestnictwa w życiu społecznym, a zatem objęte są zakresem przywoływanego przepisu. Warto zauważyć, że nie wspomniano o tym również w Wyjaśnieniach stwierdzających jedynie, że „zasada określona w tym artykule jest oparta na artykule 15 Europejskiej Karty Społecznej oraz wywodzi się z punktu 26 Wspólnotowej Karty Socjalnych Praw Podstawowych Pracowników”. Oba przywoływane dokumenty odnoszą się w kontekście niepełnosprawności przede wszystkim do sfery zatrudnienia, ale zawężanie na tej podstawie znaczenia art. 26 KPP do sfery pracy byłoby nieuzasadnione. Art. 15 Europejskiej Karty Społecznej stanowi, iż „w celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa osób niepełnosprawnych fizycznie lub umysłowo do szkolenia zawodowego, rehabilitacji oraz readaptacji zawodowej i społecznej, Układające się Strony zobowiązują się: 1) podjąć

⁴⁷¹ D. Ferri, *The Conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: A Constitutional Perspective*, European Yearbook of Disability Law, Vol. 2 (2010), s. 64.

⁴⁷² A. Broderick, L. Waddington, *Disability law and reasonable accommodation beyond employment. A legal analysis of the situation in EU Member States*, European Union, Brussels 2016, s. 140.

odpowiednie środki w celu zabezpieczenia ułatwień szkoleniowych włączając, gdzie jest to konieczne, wyspecjalizowane instytucje publiczne lub prywatne; 2) podjąć odpowiednie środki w celu pośrednictwa zawodowego dla niepełnosprawnych, takie jak wyspecjalizowane służby pośrednictwa pracy, ułatwienia w zakresie ochrony zatrudnienia oraz środki dla zachęcenia pracodawców do zatrudniania osób niepełnosprawnych⁴⁷³. Z kolei zgodnie z art. 26 Wspólnotowej Karty Socjalnych Praw Podstawowych Pracowników „każdej osobie niepełnosprawnej, niezależnie od pochodzenia i rodzaju niepełnosprawności, należy zapewnić dodatkowe konkretne działania, mające na celu zwiększenie społecznej i zawodowej integracji”, a „działania te muszą być dostosowane do możliwości ich beneficjentów oraz dotyczyć w szczególności szkoleń zawodowych, ergonomii, dostępności, mobilności, środków transportu i mieszkalnictwa”. W kontekście KPP należy dodatkowo wskazać, że jej art. 26 ustanawia zasadę, a nie prawo, czego konsekwencje omówiono szczegółowo w rozdziale drugim niniejszej pracy.

Problematykę dóbr i usług ujęto szczegółowiej w KPON, która na jej strony nałożyła w art. 4 ust. 1 pkt f obowiązek „podejmowania lub popierania badań i wytwarzania oraz zapewnienia dostępności i korzystania z towarów, usług, wyposażenia i urządzeń uniwersalnie zaprojektowanych”. Poświęcono również odrębny artykuł zagadnieniu dostępności (art. 9) oznaczającej konieczność zapewnienia osobom z niepełnosprawnościami równego „dostępu do środowiska fizycznego, środków transportu, informacji i komunikacji, w tym technologii i systemów informacyjno-komunikacyjnych, a także do innych urządzeń i usług, powszechnie dostępnych lub powszechnie zapewnianych”. Strony KPON mają w związku z tym podjąć odpowiednie środki w celu „opracowywania, ogłaszania i monitorowania wdrażania minimalnych standardów i wytycznych w sprawie dostępności urządzeń i usług ogólnie dostępnych lub powszechnie zapewnianych” (art. 9 ust. 2 pkt a) oraz „zapewnienia, że instytucje prywatne, które oferują urządzenia i usługi ogólnie dostępne lub powszechnie zapewniane, będą brały pod uwagę wszystkie aspekty ich dostępności dla osób niepełnosprawnych” (art. 9 ust. 2 pkt b). Z kolei w art. 19 wskazano, że dostępność usług i urządzeń świadczonych w społeczności lokalnej dla ogółu ludności jest kluczowa dla niezależnego życia osób z niepełnosprawnościami i włączania ich w społeczeństwo, co zdaje się korespondować z art. 26 KPP. Jakkolwiek stroną KPON są oczywiście państwa członkowskie i UE, a nie podmioty prywatne, w dalszej części opracowania jej kontekst

⁴⁷³ Dz. U. 1999 Nr 8 poz. 67.

wykorzystany zostanie przy rozważaniu zagadnieniu obowiązku usługodawców zapewnienia niedyskryminacyjnego dostępu do dóbr i usług.

6.2. Pojęcie niepełnosprawności w prawie UE

Dla omawianej problematyki kluczowe jest oczywiście zdefiniowanie pojęcia niepełnosprawności. G. Quinn i E. Flynn wyróżniają pięć modeli jego postrzegania, tj. medyczny, społeczny, dobroczynny (jako problemu budzącego litość i współczucie, które prowadzą do pomocy osobom z niepełnosprawnościami), z perspektywy praw obywatelskich (przeniesienie ciężaru z niepełnosprawności na badanie przyczyn dyskryminacji i opracowanie strategii na rzecz włączającego społeczeństwa) oraz europejski model społeczny (odwołujący się tradycji państwa opiekuńczego i pomocy poprzez redystrybucję bogactwa z osobami wykluczonymi)⁴⁷⁴. Najważniejsze w kontekście prawa europejskiego jest rozróżnienie pomiędzy medycznym a społecznym modelem. Pierwszy z nich istotę zagadnienia upatruje w stanie zdrowia, utożsamiając fizyczne lub psychologiczne zmniejszenie sprawności z niepełnosprawnością. Podejście to jest jednak krytykowane chociażby za niezdolność zapewnienia rzeczywistej ochrony przed nierównym traktowaniem z uwagi na pomijanie aspektów społecznych⁴⁷⁵. Drugi z wskazywanych modeli, wychodząc naprzeciw tej krytyce, ciężar niepełnosprawności przenosi z kolei na otoczenie, w jakim osoba funkcjonuje, zwracając uwagę na utrudnioną dostępność wynikającą z barier takich jak systemowe, architektoniczne, komunikacyjne, prawne czy środowiskowe⁴⁷⁶. Niepełnosprawność postrzegana jest zatem nie jako ograniczenie fizyczne, mentalne czy sensoryczne, ale jako społeczna konstrukcja różnicowania⁴⁷⁷, jako złożony układ wzajemnie oddziałujących na siebie czynników wewnętrznych i zewnętrznych⁴⁷⁸. To rozumienie przyjęto w KPON, której motyw e preambuły stwierdza, iż „niepełnosprawność jest pojęciem ewoluującym” i „wynika z interakcji między osobami z dysfunkcjami a barierami wynikającymi z postaw ludzkich i środowiskowych,

⁴⁷⁴ G. Quinn, E. Flynn, *Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability*, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 60 (2012), Issue 1, s. 28.

⁴⁷⁵ G. Maucec, *Tackling Disability-Based Discrimination in International and European Law*, *International Journal of Discrimination and Law*, Vol. 13 (2013), Issue 1, s. 41.

⁴⁷⁶ S. Fraser Butlin, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 Measure up to the UK International Commitments?*, *Industrial Law Journal* Vol. 40 (2011), No 4, s. 432.

⁴⁷⁷ A. S. Kanter, *A Comparative View of Equality under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Disability Laws of the United States and Canada*, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 32 (2015), s. 75.

⁴⁷⁸ I. Lid, *Accessibility as a Statutory Right*, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 20 (2010), Issue 1, s. 24.

które utrudniają tym osobom pełny i skuteczny udział w życiu społeczeństwa, na zasadzie równości z innymi osobami”. Jej art. 1 stanowi natomiast, że „do osób niepełnosprawnych zalicza się te osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami”.

W prawie unijnym nie zdefiniowano pojęcia niepełnosprawności, choć jest ono kluczowe dla określenia zakresu podmiotowego zakazu dyskryminacji⁴⁷⁹, w związku z czym należy w tym zakresie posiłkować się orzecznictwem TSUE⁴⁸⁰. W orzeczeniu *Chacón Navas* Trybunał zaprezentował dość wąskie rozumienie, stwierdzając, że pojęcie to „należy rozumieć jako ograniczenie, wynikające konkretnie z naruszenia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które stanowi przeszkodę dla danej osoby w uczestnictwie w życiu zawodowym”⁴⁸¹, przy czym „musi istnieć (...) prawdopodobieństwo, iż jest ono długoterminowe”⁴⁸² (zastrzeżenie to poczyniono dla odróżnienia niepełnosprawności od choroby). Po przystąpieniu UE do KPN nastąpiła jednak w orzecznictwie widoczna zmiana w podejściu TSUE do omawianego zagadnienia⁴⁸³, gdyż w wyroku *HK Danmark* uznał on, iż „jeżeli uleczalna lub nieuleczalna choroba powoduje ograniczenie wynikające w szczególności z osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami może utrudniać danej osobie pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu zawodowym na równych zasadach z innymi pracownikami, i jeżeli ograniczenie to ma charakter długotrwały, to taka choroba może mieścić się w zakresie pojęcia

⁴⁷⁹ L. Waddington, *Saying All the Right Things and Still Getting it Wrong: The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 22 (2015), Issue 4, s. 579.

⁴⁸⁰ E. Howard, *EU anti-discrimination law: Has the CJEU stopped moving forward?*, International Journal of Discrimination and the Law, Vol. 18 (2018), Issue 2, s. 66.

⁴⁸¹ Wyrok TSUE z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-13/05, *S. Chacón Navas p. Eurest Colectividades SA*, ECLI:EU:C:2006:456, pkt 43.

⁴⁸² *Ibidem*, pkt 45.

⁴⁸³ G. de Beco, *Is Obesity a Disability: The Definition of Disability by the Court of Justice of the European Union and Its Consequences for the Application of EU Anti-Discrimination Law*, Columbia Journal of European Law Vol. 22 (2016), Issue 2, s. 386.

niepełnosprawności⁴⁸⁴. Istotną zmianą w tym przypadku jest zatem odejście od modelu medycznego niepełnosprawności na rzecz modelu społecznego⁴⁸⁵, co pozwoliło TSUE chociażby na zakwalifikowanie pod pewnymi warunkami otyłości jako niepełnosprawności⁴⁸⁶.

Omawiając zagadnienie niepełnosprawności w prawie europejskim, warto ponadto zwrócić uwagę na szczególny charakter tej cechy względem innych podstaw dyskryminacji. Jak podnosi bowiem L. Waddington, niepełnosprawność ma charakter asymetryczny⁴⁸⁷. W przypadku pozostałych kryteriów prawo chroni zarówno grupę mniejszościową jak i większościową, tj. chociażby kobiety i mężczyzn (ogólne pojęcie płci), osoby jakiegokolwiek rasy lub pochodzenia etnicznego, osoby w każdym wieku czy też osoby wszystkich orientacji seksualnych. Posługiwanie się pojęciem niepełnosprawności wyklucza tymczasem ochronę osób pełnosprawnych, nawet jeśli byłyby nierówno traktowane właśnie ze względu na swoją pełną sprawność. Zdaniem L. Waddington specyfika ta wynika najprawdopodobniej z uznania przez europejskiego prawodawcę, że osoba bez niepełnosprawności nie może znaleźć się w porównywalnej sytuacji względem osoby z niepełnosprawnością, a także z konieczności szczególnej ochrony tych drugich.

6.3. Dostępność dóbr i usług dla osób z niepełnosprawnościami

Dostępność można zdefiniować jako interakcję i wzajemne oddziaływanie na siebie ludzi i środowiska, która to interakcja charakteryzuje się różnego rodzaju napięciami wynikającymi z faktu, że każda jednostka może doświadczać barier w inny sposób i podejmować różne działania celem ich przezwyciężenia (choć niektóre bariery, np. architektoniczne, mogą mieć charakter absolutny)⁴⁸⁸. W celu zapewnienia pełnej dostępności zarówno prawo unijne w dyrektywie 2000/78 (odnoszącej się wyłącznie do zatrudnienia jeśli chodzi o osoby z niepełnosprawnościami) jak i KPON przewidują podjęcie

⁴⁸⁴ Wyrok TSUE z dnia 11 kwietnia 2013 r. w sprawach połączonych C-335/11 i C-337/11, *HK Danmark p. Dansk almennyttigt Boligselskab oraz HK Danmark p. Dansk Arbejdsgiverforening*, ECLI:EU:C:2013:222, pkt 41.

⁴⁸⁵ A. de Paor, D. Ferri, *Regulating Genetic Discrimination in the European Union*, *European Journal of Law Reform*, Vol. 17 (2015), Issue 1, s. 22.

⁴⁸⁶ Por. wyrok TSUE z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-354/13, *Fag og Arbejde p. Kommunernes Landsforening*, ECLI:EU:C:2014:2463.

⁴⁸⁷ L. Waddington, *Fine-tuning non-discrimination law: Exceptions and justifications allowing for differential treatment on the ground of disability*, *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 15 (2015), Issue 1, s. 13.

⁴⁸⁸ I. Lid, *op. cit.*, s. 35.

środków określanych mianem racjonalnych usprawnień (ang. *reasonable accommodation*). Również w projekcie tzw. dyrektywy horyzontalnej proponuje się przyjęcie tej koncepcji, przewidując w art. 4 ustanowienie zasady „skutecznego, niedyskryminacyjnego dostępu” do „powszechnie dostępnych towarów i usług” z zastrzeżeniem, że środki konieczne dla jej realizacji „nie powinny nakładać nieproporcjonalnych obciążeń” oraz „nie wymagają zasadniczych zmian w zakresie (...) danych towarów i usług ani nie wymagają zapewnienia odpowiednich rozwiązań alternatywnych”. Dyrektywa 2000/78 w art. 5 zdefiniowała na potrzeby zatrudnienia usprawnienia te jako podjęcie przez pracodawcę właściwych środków, „z uwzględnieniem potrzeb konkretnej sytuacji, aby umożliwić osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, wykonywanie jej lub rozwój zawodowy bądź kształcenie”. Z kolei w art. 2 KPON, rozszerzającej tę koncepcję na wszystkie sfery życia, zdefiniowano ją jako „konieczne i odpowiednie zmiany i dostosowania, nie nakładające nieproporcjonalnego lub nadmiernego obciążenia, jeśli jest to potrzebne w konkretnym przypadku, w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym możliwości korzystania z wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz ich wykonywania na zasadzie równości z innymi osobami”.

Racjonalne usprawnienia oznaczają zatem użycie wszelkich dostępnych środków celem zniwelowania różnic ze względu na zakres pełnosprawności ograniczających realizację zasady równego traktowania. W przypadku pracy mogą one obejmować zmianę organizacji pracy, zaś w odniesieniu do dóbr i usług mogą polegać np. na zmianie sposobu świadczenia usługi, o ile oczywiście nie zmienia to jej charakteru. Mogą być one przy tym definiowane albo w ujęciu statycznym, jako szczególne działanie na rzecz jednostki lub kilku osób podejmowane w celu zapewnienia im uczestnictwa w życiu społecznym, albo dynamicznym, gdzie rozumiane są jako proces badania obecnego stanu rzeczy z perspektywy grupy, która była wykluczona z jego współtworzenia, celem wprowadzenia zmian mogących wpłynąć pozytywnie na całą grupę⁴⁸⁹. Racjonalne usprawnienia wykazują w tym względzie pewne podobieństwa do działań pozytywnych, gdyż zmierzają do zapewnienia równości poprzez odstępstwo od jej formalnego rozumienia na rzecz wyrównywania szans⁴⁹⁰. W przeciwieństwie jednak do akcji afirmatywnych usprawnienia w ujęciu statycznym (wynikającym z literalnego

⁴⁸⁹ L. de Campos Velho Martel, *Reasonable Accommodation: The New Concept from an Inclusive Constitutional Perspective*, Sur – International Journal on Human Rights, Vol. 8 (2011), Issue 14, s. 93.

⁴⁹⁰ C. Ngwena, *Interpreting Aspects of the Intersection between Disability, Discrimination and Equality: Lessons from the Employment Equity Act from Comparative Law: Part II: Reasonable Accommodation*, Stellenbosch Law Review Vol. 16 (2005), Issue 3, s. 537.

brzmienia przepisów dyrektywy 2000/78 oraz KPON) nakierowane są nie na grupę osób wyróżnionych ze względu na określoną cechę, ale na jednostkę z indywidualnie określonymi potrzebami wynikającymi ze specyficznej sytuacji, w której jednostka ta się znalazła. O ile zatem pierwsza ze wskazywanych instytucji prawa antydyskryminacyjnego zmierza do wyeliminowania przejawów dyskryminacji o charakterze systemowym, o tyle druga skupia się na konkretnej interakcji między osobą z niepełnosprawnością a jej otoczeniem. Należy poza tym wskazać, że różny jest również sposób działania przywoływanych środków. Działania pozytywne, jak już wskazano w rozdziale pierwszym niniejszej pracy, dążą do zniwelowania systemowych skutków nierównego traktowania poprzez w pewnym stopniu preferencyjne traktowanie grup dotychczas wykluczonych. Racjonalne usprawnienia stwarzają tymczasem równe szanse poprzez dostarczenie osobom z niepełnosprawnościami środków zapewniających im możliwość funkcjonowania w określonym środowisku na równi z innymi osobami. Jeśliby uznać poza tym racjonalne usprawnienia za element zasady niedyskryminacji, tak jak ma to miejsce w przypadku dyskryminacji w zatrudnieniu, to inny będzie również ich praktyczny skutek – ich niewprowadzenie, w przeciwieństwie do działań afirmacyjnych, będzie skutkowało możliwością podniesienia zarzutu nieprzestrzegania tejże zasady⁴⁹¹.

Granicę tych działań wyznaczają określenia „racjonalne” oraz „nieproporcjonalne obciążenia”. Możliwych jest kilka odpowiedzi na pytanie, kiedy usprawnienie będzie można określić mianem racjonalnego – gdy nie będzie nakładało nadmiernych obciążeń finansowych lub niefinansowych na podmiot zobowiązany do ich wprowadzenia, gdy będzie efektywne w niwelowaniu przeszkód stojących na drodze do realizacji zasady równości albo gdy wreszcie nie będzie nakładało nadmiernych obciążeń, wprowadzając jednocześnie efektywne mechanizmy⁴⁹². Posługiwanie się przez prawo unijne pojęciem racjonalnych usprawnień, które chociażby w przepisach dyrektywy 2000/78 dookreślone jest dwoma bardziej skonkretyzowanymi elementami, tj. właściwością środków i brakiem nieproporcjonalnie wysokich obciążeń, przemawia za przyjęciem trzeciej z prezentowanych interpretacji. Analiza przepisów zarówno dyrektywy 2000/78 jak i proponowanej dyrektywy horyzontalnej prowadzi do wniosku, że kwestia obciążeń jest właśnie jednym z dwóch, obok właściwości podejmowanych działań, elementów racjonalności w odniesieniu do usprawnień dla osób z niepełnosprawnościami, które należy traktować łącznie. O ile przy definiowaniu właściwości środka można posiłkować się bogatym dorobkiem związanym z zasadą proporcjonalności

⁴⁹¹ *Ibidem*, s. 540.

⁴⁹² L. de Campos Velho Martel, *op. cit.*, s. 99.

i pojęciem dyskryminacji pośredniej, o tyle trudniejsze może być znalezienie odpowiedzi na pytanie, kiedy podejmowane działanie rodzi nadmierne obciążenia.

Nie ulega wątpliwości, że słowo nadmierny (ang. *undue*) zakłada konieczność podjęcia wysiłku większego niż minimalny⁴⁹³ w poszukiwaniu np. alternatywnych sposobów świadczenia usługi. W odniesieniu do zatrudnienia dyrektywa 2000/78 w motywie 21 preambuły wskazuje, że dla zbadania nieproporcjonalnie wysokiego obciążenia należy wziąć pod uwagę „koszty finansowe i inne, rozmiar organizacji lub środki finansowe, którymi dysponują przedsiębiorstwa oraz możliwość pozyskania środków publicznych lub jakiegokolwiek innej pomocy”. W odniesieniu do dóbr i usług w proponowanej tzw. dyrektywie horyzontalnej, przywołującej w uzasadnieniu do art. 4 dyrektywę 2000/78, wskazano z kolei następujące kryteria – wielkość, zasoby i charakter organizacji, szacowany koszt, cykl życia towarów i usług oraz możliwe korzyści ze zwiększenia dostępu dla osób niepełnosprawnych. Zastrzeżono również, iż planowana dyrektywa „nie narusza przepisów prawa wspólnotowego lub przepisów krajowych w zakresie dostępu do szczególnych towarów i usług”. Planowano zatem przyjęcie z jednej strony kryteriów o charakterze ekonomicznym (koszt dostosowań mógłby okazać się nadmierny wobec możliwości finansowych usługodawcy i przyniósłby znaczący uszczerbek jego działalności gospodarczej), z drugiej zaś o charakterze społecznym (korzyści ze zwiększenia dostępności miały zapewne za zadanie zwrócić uwagę na jej doniosłe społeczne znaczenie oraz wprowadzenie tego elementu do czysto ekonomicznego rachunku).

Rozważając kwestię racjonalnych usprawnień w kontekście dostępu do dóbr i usług, należy przywołać pogląd M. Ventegodt Liisberg, która uważa, że nie są one adekwatnym środkiem przyczyniającym się do zapewnienia równego dostępu osobom z niepełnosprawnościami, gdyż mają charakter reakcyjny oraz z założenia nastawione są na zapewnienie ściśle określonych indywidualnych usprawnień⁴⁹⁴. Proponuje ona w związku z tym przyjęcie konstrukcji uprzedniego dostosowania (ang. *anticipatory duty to ensure access or to make reasonable adjustments*). Polega ona na dokonaniu odpowiednich zmian w ogólnie istniejących barierach czy to na poziomie samej usługi lub samego towaru czy też na poziomie sposobu ich świadczenia lub dostarczania. M. Ventegodt Liisberg stwierdza, że obowiązek

⁴⁹³ C. Ngwena, *op. cit.*, s. 558.

⁴⁹⁴ M. Ventegodt Liisberg, *Accessibility of Services and Discrimination: Concentricity, Consequence, and the Concept of Anticipatory Reasonable Adjustment*, *International Journal of Discrimination and Law*, Vol. 15 (2015), Issue 1-2, s. 124.

dokonania wskazywanych dostosowań może być rozważany na trzech poziomach⁴⁹⁵. Na najniższym z nich polega on na zapewnieniu zgodności z obowiązującymi technicznymi standardami dostępności, na wyższym polega na wzięciu pod uwagę również zasady równości, wedle której brak dostępności będzie uznawany za zróżnicowane traktowanie (dostępność warunkiem równości), zaś na najwyższym obowiązek zapewnienia dostępności ma charakter absolutny, co oznacza że usługi i dobra muszą być bezwzględnie dostępne, a ewentualne uzasadnienia różnego traktowania nie są dopuszczalne. Propozycja ta przypomina zatem pojęcie uniwersalnego projektowania, zdefiniowane w art. 2 KPON jako „projektowanie produktów, środowiska, programów i usług w taki sposób, by były użyteczne dla wszystkich, w możliwie największym stopniu, bez potrzeby adaptacji lub specjalistycznego projektowania”. Należy w świetle tego wyjaśnienia stwierdzić, że prezentowana koncepcja została w pewnym zakresie ujęta w propozycji tzw. dyrektywy horyzontalnej, która przewidywała możliwość podjęcia racjonalnych usprawnień w indywidualnych przypadkach, zaznaczając jednocześnie w uzasadnieniu do przywoływanego wcześniej art. 4, że „skuteczny dostęp osób niepełnosprawnych do (...) powszechnie dostępnych towarów i usług, w tym mieszkań, oraz ich dostarczanie planowane są z wyprzedzeniem”. Sformułowanie to wskazuje zatem, iż proponowany przepis miał nakładać również obowiązek dokonania uprzednich dostosowań.

6.4. Dostępność usług a zakaz dyskryminacji i prawa usługodawców

W odniesieniu do praw podstawowych usługobiorców przyjęto w niniejszym opracowaniu tezę, że w sytuacji sporu mogą one wzmacniać argumentację związaną z zakazem dyskryminacji. Należy w związku z tym zbadać, czy w prawie UE dostępność może zostać w tym kontekście użyta w argumentacji przeciwko usługodawcy. Po pierwsze należy zauważyć, że art. 26 KPP ustanawia zasadę, a nie prawo, w związku z czym nie może być bezpośrednio skuteczny w relacjach horyzontalnych. Po drugie, prawo UE nie nakłada wprost na usługodawców jakiegokolwiek obowiązku w zakresie zapewnienia dostępności dóbr i usług. Pojawia się więc pytanie, czy obowiązek taki można wyprowadzić z prawa do równego traktowania wyrażonego w art. 21 KPP, któremu przysługuje skutek bezpośredni, jak wskazano w rozdziale drugim. Należy wobec tego rozważyć, czy prawo do dostępnych dóbr i usług wynika z prawa do równego traktowania.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, s. 127.

Zarówno dyrektywa 2000/78 jak i KPON, stanowiące ważny punkt odniesienia w tych rozważaniach, stwierdzają, iż odmowa dokonania racjonalnych usprawnień uznawana jest za dyskryminację (podobne postanowienie znajduje się w projekcie tzw. dyrektywy horyzontalnej). Można zatem z jednej strony argumentować, że uznanie to wynika z potrzeby zapewnienia skuteczności realizacji omawianego obowiązku, który *per se* nie jest związany z niedyskryminacją. Z drugiej jednak strony, analiza wskazywanych dokumentów prowadzi do uznania, iż bliski związek dostępności z zasadą równości oznacza bez wątpienia, że jej niezapewnienie może oznaczać naruszenie zakazu nierównego traktowania⁴⁹⁶. Należy w tym względzie wskazać na podobieństwo odmowy zapewnienia dostępności do dyskryminacji pośredniej, czyli potraktowania w podobny sposób (takie samo traktowanie bez względu na niepełnosprawność) różnych przypadków (usługobiorcy o różnym stopniu sprawności warunkującym dostępność usług). Nawet taka analogia nie stanowi jednak podstawy do ynterpretowania ciężącego na usługodawcy jakiegokolwiek obowiązku w zapewnieniu tejże dostępności, gdyż powinien on wynikać w sposób bezpośredni i oczywisty z przepisów unijnych. W przeciwnym razie pojawiłoby się pytanie, czy można i czy należy w jakiś sposób wyinterpretować również ograniczenia tego obowiązku, mające na celu ochronę usługodawcy przed nadmierną ingerencją w jego działalność gospodarczą, tak jak w przypadku utrwalonego pojęcia racjonalnych usprawnień w sferze zatrudnienia. Można jednak rozważyć argumentację opartą na rozumowaniu przedstawionym w wyroku TSUE w sprawie *Cresco Investigation*⁴⁹⁷, wedle której usługodawca zobowiązany byłby do zapewnienia przestrzegania wynikającej z art. 21 KPP zasady niedyskryminacji mającej skutek bezpośredni w relacjach horyzontalnych, a zatem przynajmniej zobowiązany jest do podjęcia działań możliwych z wykorzystaniem zasobów, które już posiada (np. zmiana sposobu świadczenia usługi niepowodująca jakichkolwiek nakładów finansowych).

Należy jednak wobec powyższego uznać, że z uwagi na nieobjęcie przez prawo unijne kryterium niepełnosprawności zakazem dyskryminacji w omawianym zakresie przedmiotowym, prawo do dostępnych dóbr i usług nie wchodzi w szczególne interakcje z prawami podstawowymi usługodawców. Stanowi ono co prawda element prawa do równego traktowania, ale nie rodzi po ich stronie jakichkolwiek obowiązków, a zatem nie można

⁴⁹⁶ J. E. Goldschmidt, *New Perspectives on Equality: Towards Transformative Justice through the Disability Convention?*, Nordic Journal of Human Rights, Vol. 35 (2017), Issue 1, s. 8.

⁴⁹⁷ Wyrok TSUE z dnia 22 stycznia 2019 r. w sprawie C-193/17, *Cresco Investigation GmbH p. Markusowi Achatziemu*, ECLI:EU:C:2019:43.

stanowią podstawy żądania jakiegokolwiek działania czy dochodzenia innych roszczeń w sytuacji sporu. Interakcje takie są możliwe wyłącznie na poziomie krajowych porządków państw członkowskich w związku z ratyfikowaniem przez nie KPN albo zawarciem szczególnych rozwiązań w krajowym ustawodawstwie antydyskryminacyjnym. Należy natomiast odnotować, iż koncepcje racjonalnych usprawnień oraz uprzednich dostosowań pojawiły się, jak wskazano wyżej, w dyskusji w kontekście unijnego zakazu nierównego traktowania, w związku z czym konieczne dla poruszanego w pracy zagadnienia było ich omówienie.

7. Podsumowanie

W niniejszym rozdziale dokonano analizy praw i wolności podstawowych usługobiorców, które potencjalnie mogą zostać naruszone w związku z nieprzestrzeganiem przez usługodawców prawa do równego traktowania. Punktem wyjścia rozważań było omówienie problematyki godności ludzkiej. Wskazano na jej dwojaki charakter w prawie UE, tj. z jednej strony jako prawa podstawowego rodzącego obowiązki po stronie innych podmiotów, z drugiej zaś jako źródła z którego wywodzą się inne prawa i wolności, a co za tym idzie fundamentu unijnego systemu ochrony praw człowieka. Zauważono ponadto, że orzecznictwo TUE przyznało godności moc zasady ogólnej. Podniesiono również, iż pojęcie godności nie ma uniwersalnego charakteru, ale jest zależne od czynników m.in. kulturowych, historycznych czy politycznych, co w kontekście unijnym będzie oznaczało odwołanie do chrześcijańskiej i humanistycznej koncepcji istoty ludzkiej. Wskazano wreszcie na szczególnie bezpośredni związek między pojęciem godności ludzkiej a zakazem dyskryminacji, dowodząc, iż środki naruszające zasadę równego traktowania każdorazowo stanowią naruszenie godności. W świetle przedmiotu niniejszej rozprawy podniesiono także, iż godność może pełnić funkcję mediacyjną umożliwiającą przypisanie skonfliktowanym prawom określonej wagi w procesie ich balansowania. Wniosek taki jest możliwy przy założeniu, że godność ludzka jako wartość fundacyjna unijnego systemu praw człowieka leży u podstaw wszelkich praw i wolności, a zatem w mniejszym lub większym stopniu jest ich częścią.

Dokonano także analizy dwóch praw i wolności omówionych już wcześniej z perspektywy usługodawców, tj. prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz wolności myśli, sumienia i religii. W pierwszym przypadku zwrócono uwagę na dwa aspekty art. 7 KPN. Po pierwsze podniesiono, iż w pewnych warunkach naruszenie zasady równego traktowania może stanowić brak poszanowania dla wskazywanych wartości. Po drugie,

zwrócono uwagę na wywodzenie w orzecznictwie ETPCz z omawianego prawa również prawa do ochrony danych osobowych, które jednak omówiono odrębnie z uwagi na jego samodzielne ujęcie w przepisach KPP. W drugim przypadku natomiast badano, czy pozytywnemu aspektowi prawa określonego w art. 10 KPP przysługującemu usługodawcy i umożliwiającemu pod pewnymi warunkami na odmowę świadczenia lub dostarczenia towarów lub usług, towarzyszy również negatywny aspekt przynależny usługobiorcy. Zwróciwszy uwagę na brak utrwalonego zakresu znaczeniowego tego aspektu, podkreślono jego elementy takie jak prawo do nieposiadania określonych przekonań, prawo do niebycia zmuszonym do uczestniczenia w działaniach związanych z tymi przekonaniem czy wolność od symboli religijnych w miejscach publicznych. Analiza orzecznictwa odnoszącego się do tego problemu wykazała jednak, iż usługobiorcy nie przysługuje wolność przekonań w znaczeniu negatywnym.

Szczegółowej analizie poddano zagwarantowane w art. 8 KPP prawo do ochrony danych osobowych oznaczające wymóg ich rzetelnego przetwarzania w określonych celach i za zgodą osoby zainteresowanej lub na innej uzasadnionej podstawie przewidzianej w ustawie. Uwagę poświęcono przepisom RODO wyróżniającym szczególne kategorie danych osobowych istotne z punktu widzenia zagadnienia zakazu dyskryminacji, tj. te ujawniające m.in. pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne czy też przekonania religijne lub światopoglądowe. Omówiono w ich kontekście mechanizm profilowania usługobiorców, tj. zautomatyzowane przetwarzanie ich danych polegające na wykorzystaniu tych danych do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, w szczególności do analizy lub prognozy aspektów dotyczących sytuacji ekonomicznej jednostki, zdrowia, osobistych preferencji, zainteresowań, wiarygodności czy zachowania. Wskazano na powszechne wykorzystanie tego mechanizmu w obszarze dóbr i usług jako narzędzia pozwalającego na dynamiczną i kontekstualną selekcję istotnych informacji ułatwiającą podejmowanie decyzji m.in. w działalności bankowej czy internetowej. Zidentyfikowano również wynikające z profilowania ryzyko kategoryzacji usługobiorców mogące prowadzić do niekorzystnego ukształtowania ich pozycji z wykorzystaniem zabronionych kryteriów dyferencjacji. Omówiono w związku z tym zakaz przetwarzania szczególnych kategorii danych osobowych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w RODO, a także prawo do niepodlegania decyzji opierającej się wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu, w tym profilowaniu, jeśli wywołuje ona wobec tej osoby skutki prawne lub w podobny sposób istotnie na nią wpływa. Analiza wskazywanej problematyki doprowadziła do uznania, że pewne przypadki naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych mogą zarazem doprowadzić do naruszenia

zakazu dyskryminacji. Zastrzeżono jednak, że naruszenie tej ochrony będzie rodziło inne skutki prawne i z tego względu nie może być traktowane nierozłącznie z prawem do równego traktowania.

W niniejszym rozdziale podniesiono wreszcie problematykę wywodzonego z KPON prawa do równego dostępu do dóbr i usług dla osób z niepełnosprawnościami, umiejscawiając je również w systemie prawa UE. W pierwszej kolejności zdefiniowano samo pojęcie niepełnosprawności, wskazując na przyjęcie przez TSUE tzw. społecznego modelu definicyjnego ujmującego niepełnosprawność nie jako wyłącznie ograniczenie fizyczne, mentalne czy sensoryczne, ale jako społeczną konstrukcję zróżnicowania, jako złożony układ wzajemnie oddziałujących na siebie czynników wewnętrznych i zewnętrznych. Następnie dokonano analizy pojęć dostępności oraz racjonalnych usprawnień zwracając uwagę na ich szczególnie związek z dyskryminacją pośrednią. Przedstawiono również alternatywny model zapewnienia dostępności poprzez system uprzednich dostosowań polegający na dokonaniu odpowiednich zmian w ogólnie istniejących barierach czy to na poziomie samej usługi lub samego towaru czy też na poziomie sposobu ich świadczenia lub dostarczania. Analiza postanowień KPP oraz dyrektyw antydyskryminacyjnych doprowadziła jednak do wniosku, że z uwagi na nieobjęcie przez prawo unijne kryterium niepełnosprawności zakazem dyskryminacji w omawianym zakresie przedmiotowym, prawo do dostępnych dóbr i usług nie wchodzi w szczególne interakcje z prawami podstawowymi usługodawców. Prawo to stanowi co prawda element prawa do równego traktowania, ale nie rodzi po ich stronie jakichkolwiek obowiązków, a zatem nie może stanowić podstawy żądania jakiegokolwiek działania czy dochodzenia innych roszczeń w sytuacji sporu.

Zakończenie

W toku przeprowadzonych w niniejszej rozprawie badań zrealizowane zostały postawione przed nią cele badawcze. Pierwszym z nich było dokonanie wykładni podstawowych pojęć związanych z zakazem dyskryminacji w prawie Unii Europejskiej w świetle sygnalizowanej już specyfiki obszaru życia społecznego jakim jest dostęp do dóbr i usług oraz ustalenie dzięki temu, które z tych pojęć i w jakim zakresie mają zastosowanie w jego przypadku. Wykładnia ta doprowadziła do wniosku, że ogólne prawo antydyskryminacyjne posługuje się co do zasady tożsamymi pojęciami niezależnie od uszczegółowionego zakresu przedmiotowego czy podmiotowego. W związku z tym zdefiniowano w pierwszej kolejności samo pojęcie dyskryminacji, stwierdzając, że jej zakaz stanowi konkretny wyraz ogólnej zasady równości wynikającej z podstawowych zasad prawa unijnego zakładającej, iż porównywalnych sytuacji nie należy traktować w sposób odmienny, zaś odmiennych w sposób jednakowy. Szczegółowej analizie poddano jej poszczególne elementy definicyjne, tj. zróżnicowanie sytuacji dwóch podmiotów, porównywalność ich sytuacji oraz nieobiektywne kryteria stanowiące podstawę zróżnicowania. W przypadku kryteriów zwrócono uwagę, iż są nimi cechy osobiste tworzące tożsamość jednostki jako istoty ludzkiej, takie jak płeć czy pochodzenie rasowe lub etniczne. Podniesiono także, iż w związku z wykładnią dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej definicja dyskryminacji właściwa prawu unijnemu nie obejmuje wymogu istnienia personalnego charakteru tychże cech. Pojęcie to obejmuje bowiem nie tylko osoby faktycznie je posiadające, ale także inne jednostki pozostające z tymi osobami w pewnych relacjach, jeśli są one nierówno traktowane właśnie ze względu na te relacje.

Zdefiniowawszy kluczowe pojęcie dyskryminacji, dokonano także analizy jej podstawowych form. Badając zagadnienie dyskryminacji bezpośredniej, szczególną uwagę poświęcono zagadnieniu porównywalności, w którym objawiła się sygnalizowana we wstępie niniejszej pracy specyfika analizowanych w niej relacji. Podniesiono bowiem, iż o ile w przypadku stosunków ustrukturyzowanych o porównywalności stanowi szereg różnorodnych czynników określających sytuację jednostki, o tyle w przypadku dostępu do dóbr i usług relevantne są w istocie jedynie dwa czynniki, tj. chęć nabycia określonych produktów lub usług w danym miejscu i czasie oraz posiadanie odpowiednich zasobów do dokonania zakupu. Zdefiniowano także pojęcie dyskryminacji pośredniej, podkreślając w jej przypadku związek elementu kauzalnego z tzw. kryterium zbiorowości oznaczającym, że środki czy działania noszące znamiona nierównego traktowania mogą dotyczyć nie tylko konkretnej jednostki,

ale ogólnie osób posiadających daną cechę stanowiącą zakazane kryterium różnicujące. Dokonano również jej porównania z dyskryminacją bezpośrednią na przykładzie jednego z niewielu orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszących się do analizowanego w pracy zakresu przedmiotowego, tj. wyroku w sprawie *CHEZ*. W jej wypadku nie stwierdzono jednak, by specyfika stosunków między usługobiorcami i usługodawcami wpływała w jakikolwiek sposób na jej rozumienie.

Wpływ ten stwierdzono natomiast w wypadku innych form nierównego traktowania, a także wyjątków od zakazu dyskryminacji. Po pierwsze, wskazano, że specyfika ta w sytuacji molestowania i molestowania seksualnego warunkuje przyjęcie indywidualnej oceny osoby dyskryminowanej jako punktu odniesienia dla oceny czy zachowanie mogące wyczerpywać znamiona tych form było niepożądane. Wynika to z niemożności odwołania do pewnych uogólnionych ocen funkcjonujących w danej organizacji lub środowisku z uwagi na co do zasady incydentalny i nieustrukturyzowany charakter omawianych relacji. Po drugie, podniesiono, iż spośród wyjątków od zakazu dyskryminacji w odniesieniu do dóbr i usług zastosowanie mogą teoretycznie znaleźć wyłącznie przepisy o tzw. działaniach pozytywnych mających na celu doprowadzenie do równości szans poprzez minimalizowanie niedogodności związanych z posiadaną przez usługobiorcę cechą osobistą stanowiącą podstawę nierównego traktowania. Omawiając warunki dopuszczalności podejmowania takich działań, również przed podmioty prywatne, szczególną uwagę zwrócono na aspekt ich czasowości rozumianej jako możliwość ich stosowania do momentu zapewnienia równości poprzez wyrównywanie negatywnego wpływu cechy chronionej. Podkreślono jednak w związku z tym aspektem, że brak strukturalnej formy stosunków między usługobiorcami i usługodawcami powoduje, iż trudno byłoby osiągnąć zamierzone efekty działań pozytywnych, które mają oddziaływać właśnie w sposób strukturalny.

Drugi cel badawczy stanowiło zbadanie, czy i w jakim zakresie prawo Unii Europejskiej dostarcza elementy umożliwiające zrekonstruowanie właściwej mu metody rozwiązywania sytuacji spornych pomiędzy prawami podstawowymi, a następnie odniesienie ewentualnie zrekonstruowanej metody do obszaru dóbr i usług z uwzględnieniem jego specyfiki. Dla osiągnięcia tego celu w pierwszej kolejności dokonano określenia ram prawnych unijnego systemu praw podstawowych, skupiwszy rozważania przede wszystkim na Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej z zaakcentowaniem w jej kontekście wagi europejskiej Konwencji i ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, innych zobowiązań międzynarodowych wspólnych państwom członkowskim oraz wspólnych im tradycji

konstytucyjnych. Określiwszy miejsce Karty w systemie prawa Unii Europejskiej jako aktu prawa mającego taką samą moc prawną jak Traktaty, podniesiono także, iż prawo wtórne zgodne z jej postanowieniami powinno być uwzględniane w procesie jej wykładni jako uszczegółowienie jej ogólnych treści. Wobec problematyki relacji pomiędzy zakazem dyskryminacji a prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców, skupiono się na zakresie zastosowania Karty, w szczególności na jej bezpośrednim skutku w relacjach horyzontalnych rozumianym jako bezpośrednia ingerencja normy prawa unijnego w stosunki pomiędzy podmiotami niebędącymi państwami członkowskimi. Analiza najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości doprowadziła do wniosku, że skutek ten przynależy prawom podstawowym potwierdzanym przez Kartę pod warunkiem ich bezwarunkowości oraz obligatoryjności, co istotne jest szczególnie w kontekście zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług i postulowanego przez uszczegółowiające go akty prawa wtórnego poszanowania wchodzących z nim w relacje praw podstawowych.

Stwierdzenie istnienia tego skutku oznaczającego, iż usługobiorcy i usługodawcy mogą w stosunkach między sobą skutecznie bezpośrednio powoływać się na przysługujące im prawa podstawowe w sytuacji nierównego traktowania, zrodziło konieczność rozważenia kwestii rozwiązywania konfliktów między tymi prawami. Określiwszy typologię tych konfliktów wskazano, że w omawianym obszarze życia możliwe jest występowanie zewnętrznych konfliktów między prawami, czyli sytuacji, gdy dwa podmioty dochodzą ochrony przysługujących im różnych praw lub wolności, będących w danym stanie faktycznym w opozycji do siebie. W kwestii metodologii najwięcej uwagi poświęcono metodzie najszerzej omawianej i postulowanej przez doktrynę, tj. analizie proporcjonalnej, której analitycznym odpowiednikiem w doktrynie amerykańskiej jest balansowanie. Wywodzi się ona z prawa konstytucyjnego, gdzie stanowi narzędzie do badania zasadności ograniczania praw jednostki w relacjach z państwem. Składa się ona w związku z tym z czteroelementowego testu badającego zgodność ograniczenia z prawem, właściwości wybranego środka dla osiągnięcia zamierzonego celu, konieczności podejmowania działań oraz analizy proporcjonalnej *sensu stricto*, tj. badania relacji między korzyściami i kosztami wynikającymi z ograniczenia praw lub wolności. W przypadku relacji pomiędzy jednostkami elementy tego testu muszą ulec modyfikacji ze względu na inny charakter tych stosunków. W tym aspekcie ducha omawianej metody lepiej oddaje metafora balansowania zakładająca trzy etapy rozwiązywania konfliktów, tj. ustanowienie równowagi, przypisanie wagi konkurującym prawom i określenie, które z praw będących w konflikcie przeważa w danej sytuacji. Nie można jednak pominąć wynikającego

z klasycznego ujęcia proporcjonalności badania legalności i konieczności działania jednostek stanowiących istotne okoliczności zarówno dla określenia zakresu konfliktu jak i możliwości powoływania się przez strony spory na przysługujące im bezpośrednio prawa podstawowe.

Określiwszy mechanizm stosowania metody analizy proporcjonalnej, omówiono szczegółowo wysuwane przez doktrynę zarzuty względem niej. Poruszono problem niewspółmierności oznaczający niemożność przypisania konkurującym prawom i wolnościom wartości, dzięki której można byłoby je ze sobą porównać i dokonać w efekcie swoistej redukcji w procesie balansowania. Podniesiono także związany z nim zarzut niemożności stworzenia abstrakcyjnej normy analitycznej uniezależniającej proces balansowania od subiektywnych czynników dotyczących osoby dokonującej ważenia skonfliktowanych praw. W odpowiedzi na przedstawione zarzuty przeanalizowano podejmowane w doktrynie próby odnalezienia miary umożliwiającej rozwiązanie sytuacji spornej, takich jak użyteczność społeczna czy koszty i zyski, konstatując jednak, iż powinna ona sięgać do zewnętrznych wartości, takich jak godność ludzka, z perspektywy których oceniane będą sporne prawa. W odniesieniu do prawa Unii Europejskiej zauważono niemniej, że przyjęcie szerszego spektrum moralnego na tym poziomie może być problematyczne. Z uwagi na różnorodność społeczną, kulturową i historyczną państw członkowskich stworzenie względnie jednolitego odniesienia społecznego zdaje się szczególnie utrudnione lub nawet niemożliwe. Czynniki warunkujące oceny społeczne są bowiem na tyle różnorodne, iż różne społeczności mogą w odmienny sposób przypisywać wagę konkurującym prawom. Z tego względu konieczne jest sięganie do wartości wspólnych społeczeństwom państw członkowskich, a objawiających się wspólnymi tradycjami konstytucyjnymi i ujętych w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej stanowiących konsensus pomiędzy państwami w kwestii fundamentalnych wartości. Jednocześnie jednak analiza dokonana na przestrzeni całej rozprawy doprowadziła do wniosku, że nie jest konieczne ustalenie jednolitej wartości dla wszelkich konfliktów, gdyż w różnych konfiguracjach różne wartości mogą okazać się właściwe i użyteczne.

Zidentyfikowane zarzuty zrodziły dwa zasadnicze pytania. Po pierwsze, czy możliwa jest interpretacja proporcjonalności i balansowania pozwalająca na rozwianie wskazywanych wątpliwości, a po drugie, czy istnieją właściwsze metody znajdujące zastosowanie w sytuacji sporów pomiędzy prawami podstawowymi. W odpowiedzi na pierwsze pytanie wskazano przede wszystkim, że z uwagi na specyfikę relacji w obszarze dostępu do dóbr i usług nie jest właściwe ujmowanie proporcjonalności jako maksymalizacji, czyli próby zapewnienia jak najszerszej realizacji skonfliktowanych praw, ani jako

optymalizacji poszukującej rozwiązania konfliktu zapewniającego optymalną realizację tych praw. Podniesiono bowiem, że dyskryminacja w dostępie do dóbr i usług z uwagi na incydentalności i brak ustrukturyzowania objawia się sytuacjami zerojedynkowymi (np. świadczenie usługi lub jej odmowa, świadczenie usługi gorszej jakości lub tej zwyczajowej), a co za tym idzie, możliwa jest realizacja praw wyłącznie jednej ze strony. W tym znaczeniu analiza proporcjonalna służy uzasadnieniu, któremu z nich należy przyznać większą wagę, a zatem staje się ona metodą argumentacji pozwalającej na oszacowanie powodów i podstaw dla podjęcia decyzji. W poszukiwaniu odpowiedzi na drugie pytanie sięgnięto z kolei do innych omawianych w doktrynie metod, tj. metody hierarchicznej oraz kategoryzacji, wskazując jednak na ich niską użyteczność jako metod formalistycznych. Nie oznacza to jednak całkowitego odrzucenia elementów hierarchiczności. Analiza wykazała bowiem, że prawa absolutne takie jakie prawo do życia nie będą mogły podlegać redukcji w procesie balansowania, wobec czego konieczne będzie każdorazowe przyznanie im pierwszeństwa.

W związku z przyjęciem metody analizy proporcjonalnej jako postulowanej metody rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi podjęto poszukiwania podstawy dla jej stosowania w prawie Unii Europejskiej. Z uwagi na brak stosownych uregulowań na poziomie prawa pierwotnego i wtórnego dokonano analizy orzeczeń, w których Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajmował się rozwiązaniem sporu między prawami podstawowymi a swobodami rynku wewnętrznego. Analiza ta wykazała, iż w takich wypadkach Trybunał stosował analizę proporcjonalną, co pozwoliło na postawienie tezy, iż jest to uznawana przez niego osadzona w prawie unijnym metoda rozwiązywania sporów, która powinna znaleźć zastosowanie również w razie konfliktów między prawami podstawowymi. Możliwe dzięki temu było także zrekonstruowanie stosowanej metodologii, obejmującej w pierwszej kolejności badanie, jakich wartości, praw czy wolności dotyczy spór, określenie ich zakresu wraz z umiejscowieniem ich w systemie prawa krajowego, unijnego i międzynarodowego, zaś w dalszej kolejności identyfikację zakresu sporu pozwalającą na określenie zakresu wzajemnego oddziaływania na siebie skonfliktowanych praw. Przeprowadzona analiza wykazała również, że ostatni element stosowanej metody, tj. balansowanie *sensu stricto*, Trybunał pozostawia sądom krajowym, co jest stanem pożądanym z uwagi na posiadanie przez nie większej wiedzy nie tylko co do faktów, ale również co do kontekstu społecznego sprawy. Celem zobrazowania zastosowania rzeczonyj metody w odniesieniu do konfliktów powstających na tle zakazu dyskryminacji w dostępie

do dóbr i usług omówiono wreszcie szeroko dyskutowane orzeczenia sądów najwyższych amerykańskiego, brytyjskiego i polskiego, które co prawda w kwestii zakresu podmiotowego wykraczały poza uregulowania prawa unijnego, ale pozwalały na ogólne zaprezentowanie analizowanej problematyki.

Trzecim celem badawczym było dokonanie analizy zakresu podmiotowego oraz przedmiotowego zakazu dyskryminacji w omawianym zakresie celem precyzyjnego określenia, do jakich kategorii podmiotów znajduje on zastosowanie oraz jakie kategorie dóbr i usług obejmuje. Wskazano, że w prawie Unii Europejskiej zakaz ten znajduje zastosowanie w ograniczonym zakresie podmiotowym, gdyż dotyczy wyłącznie przesłanek płci oraz pochodzenia rasowego lub etnicznego. Zwrócono uwagę, że o ile pierwsza z nich nie budzi definicyjnych wątpliwości, o tyle pojawiają się one w odniesieniu do rasy. Negatywnie oceniono stanowisko rzecznika generalnego wyrażone w sprawie *Jyske Finans*, w którym zaproponowano odstępianie od posługiwania się pojęciem rasy na rzecz właśnie pochodzenia etnicznego. Wskazano bowiem, że jakkolwiek Unia Europejska odrzuca teorię o istnieniu ras ludzkich i z naukowego punktu widzenia pogląd ten może zasługiwać na aprobatę, o tyle nie można pominąć okoliczność, że rasa funkcjonuje w świadomości ludzkiej jako konstrukt społeczny pełen wyobrażeń i stereotypów mogących stanowić podstawę nierównego traktowania. Podniesiono także, iż pomimo trudności definicyjnych można określić tę cechę jako obejmującą pewne ponadnarodowe przymioty jednostki, wskazując jednocześnie na klarowność definicyjną pochodzenia etnicznego wyznaczanego kryteriami przynależności do wspólnoty narodowej, religijnej, językowej, kulturowej oraz tradycji i środowiska życiowego. Odrzucono również pogląd, wedle którego podstawę dyskryminacji musi stanowić konkretne pochodzenie, przyjmując, iż może nim być również zbiorczo określone w sposób negatywny pochodzenie inne niż traktowane w sposób uprzywilejowany przez podmiot stosujący praktyki dyskryminujące. Stwierdzono ponadto, że omawiane kryteria nie obejmują co prawda swoim zakresem kwestii obywatelstwa, ale dotyczą również niezależnej od niego przynależności do wspólnoty narodowej. W odniesieniu do omawianych cech wykazano ponadto, że ochrona przynależna jest niezależnie od obywatelstwa Unii Europejskiej, a zatem przysługuje również obywatelom państw trzecich i bezpaństwowcom.

W tym względzie poruszono również złożony, w przeciwieństwie do przypadku osób fizycznych, problem ochrony osób prawnych przed nierównym traktowaniem ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne ich członków. Wykazano, że jest to zagadnienie o doniosłych skutkach dla ochrony osób fizycznych, dowodząc jednocześnie, że wbrew

przyjętemu rozumieniu właściwych przepisów prawa wtórnego należy wyklądać używany w nich ogólny termin osoba jako obejmujący zarówno osoby fizyczne jak i prawne. W tym wypadku zastosowano analizę porównawczą przepisów wewnętrznych państw członkowskich dla zaprezentowania różnych modeli ochrony omawianej kategorii podmiotów. Analiza ta doprowadziła do wniosku, że postulowanym modelem jest ten stosowany w ustawodawstwie słowackim zapewniający ochronę w przypadku nierównego traktowania nie tylko członków osoby prawnej, ale również jej pracowników, wspólników, udziałowców, akcjonariuszy, członków organów i osób działających w jej imieniu, a także osób, na rzecz których osoba prawna działa. Podniesiono poza tym problem specyfiki osób prawnych i jej wpływu na rozumienie podstawowych pojęć prawa antydyskryminacyjnego. W przypadku dyskryminacji bezpośredniej zwrócono uwagę na kwestię ustalenia podmiotu znajdującego się w sytuacji porównywalnej, zauważając problemy mogące pojawić się na tle m.in. różnych form prawnych działalności osób prawnej. Przy dyskryminacji pośredniej stwierdzono natomiast trudności ze zbiorowym aspektem elementu kauzalnego. Dowiedziono ponadto, że osoba prawna nie będzie mogła doświadczyć ani molestowania, ani molestowania seksualnego z uwagi na godnościowy aspekt tych form nierównego traktowania.

W ramach realizacji przytaczanego celu badawczego dokonano również określenia zakres przedmiotowego zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług. W przypadku pojęcia dóbr punkt wyjścia stanowiło przyjęcie jego synonimicznego charakteru względem pojęcia towarów rozumianych jako produkty, których wartość daje się określić w pieniądzu i które mogą stanowić przedmiot transakcji o charakterze komercyjnym. Usługi zdefiniowano natomiast na podstawie art. 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej określającego je jako świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowienia o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób, takie jak działalność rzemieślnicza czy wykonywanie wolnych zawodów. Przyjęto jednak, iż pojęcie usług nie posiada tożsameru zakresu w przypadku nierównego traktowania ze względu na płeć oraz tego motywowanego pochodzeniem rasowym lub etnicznym. Podstawą przyjęcia tego stanowiska był fakt, że spośród aktów prawa wtórnego określających ramy omawianej problematyki wyłącznie ten odnoszący się do płci zawiera bezpośrednio odwołanie do przywoływanego art. 57. Konsekwencją tego, jak wykazano, jest konieczność uznawania szerszego zakresu znaczeniowego omawianego pojęcia w przypadku pozostałych wskazywanych zakazanych cech różnicowania. Dzięki temu możliwe jest w tym wypadku objęcie zakresem przedmiotowym usług niemających charakteru czysto ekonomicznego

i nieświadczonych w związku z tym zawsze za wynagrodzeniem. Analiza wykazała również, iż zakresem tym objęte są usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym. Zwrócono ponadto uwagę, że zarówno w przypadku dóbr jak i usług objęcie ich zakresem przedmiotowym zakazu dyskryminacji warunkowane jest ich dostępnością publiczną oraz brakiem związku z życiem prywatnym i rodzinnym, gdy bliskość stosunków z osobą oferującą towary lub usługi ma większy wpływ na wybór kontrahenta niż zwykle względy ekonomiczne.

Czwarty cel badawczy stanowiła analiza praw podstawowych usługobiorców i usługodawców relewantnych dla dostępu do dóbr i usług oraz określenie dzięki temu, w jakie relacje prawa te wchodzi z zakazem nierównego traktowania i jak objawiają się w związku z tym ewentualne występujące między nimi konflikty. Zrealizowanie tego celu możliwe było dzięki dokonaniu w poprzednich częściach pracy zdefiniowaniu podstawowych pojęć związanych z dyskryminacją, omówieniu systemu unijnego ochrony praw podstawowych i związanego z nim skutku bezpośredniego tych praw w relacjach horyzontalnych, przeanalizowaniu metodologii rozwiązywania konfliktów między nimi oraz określeniu zakresów podmiotowego i przedmiotowego właściwych regulacji prawa unijnego. Rozważania te wyznaczyły bowiem precyzyjnie obszar, z perspektywy którego analizowano poszczególne prawa usługodawców i usługobiorców. W przypadku osób oferujących towary i usługi zidentyfikowano na podstawie problemów poruszanych w doktrynie i judykaturze wstępnie następujące prawa i wolności mogące wchodzić w relację konfliktu z prawem usługobiorców do równego traktowania – wolność prowadzenia działalności gospodarczej, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wolność myśli, sumienia i religii oraz wolność wypowiedzi. Przeprowadzona analiza wykazała jednak, że nie w każdym przypadku dojdzie do sytuacji spornej. W przypadku wolności działalności gospodarczej wykazano, że ma ona charakter zasady i w związku z tym nie przysługuje jej skutek bezpośredni w relacjach horyzontalnych. Zwracając uwagę na rozbieżności natury filozoficznej wskazano także, że zasada niedyskryminacji może być traktowana nie jako zasada zewnętrzna wobec prawa prywatnego, w szczególności swobody umów, ale jako jeden z jej elementów. Nie pozbawia ona bowiem stron stosunku prawnego możliwości wyboru kontrahenta z uwagi na szereg subiektywnych czynników, a jedynie eliminuje nieobiektywne posługiwanie się zakazanymi kryteriami różnicowania. Z kolei w przypadku prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego wykazano, że pełni ono jedynie funkcję dookreślającą zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług.

Możliwość występowania napięć w styczności z prawem do równego traktowania zidentyfikowano natomiast w przypadku pozostałych analizowanych praw. Szeroko omówiono zagadnienie wolności myśli, sumienia i religii, określając powagę, spójność, istotność i przekonujący charakter przekonań jako warunki przyznania im ochrony na gruncie Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Wykazano przy tym, iż warunków tych nie spełnią poglądy statuujące lub usprawiedliwiające nierówne traktowanie. Dokonano również w omawianej wolności rozróżnienia pomiędzy jej sferą wewnętrzną, oznaczającą m.in. prawo do posiadania przekonań, oraz tę zewnętrzną, obejmującą m.in. prawo współdzielenia ich w ramach różnych wspólnot. Pozwoliło to na zwrócenie uwagi na najistotniejszy problem z perspektywy konfliktu z prawem do równego traktowania, tj. rozdzielenie kwestii prawa do nieangażowania się wbrew swojemu sumieniu oraz możliwości ograniczenia manifestacji. W pierwszym przypadku wskazano przede wszystkim, że jako element sfery wewnętrznej nie może on podlegać ograniczeniu, w związku z czym usługodawca nie może być w sytuacji konfliktu zmuszony do działania sprzecznego z wyznawaną przez siebie religią czy posiadanymi przekonaniami. Zastrzeżono jednocześnie, że prawo do odmowy takiego działania nie jest regulowane na poziomie prawa unijnego, ale zależne od uregulowań krajowych, w związku z czym wykracza poza ramy niniejszej rozprawy. Z tego względu szczegółowej analizie poddano drugi ze wskazywanych przypadków, w szczególności jego aspekt religijny. Przyjęto przy tym, że odmowa świadczenia usług może zostać uznana za formę manifestacji przekonań, co prowadzi do wniosku, że jako element sfery zewnętrznej może ona pod pewnymi warunkami zostać ograniczona na rzecz prawa do równego traktowania. Przede wszystkim podniesiono, że warunkiem wstępnym uznania możliwości dokonania odmowy jest istnienie bliskiego i bezpośredniego związku między nią a religią. Doprowadziło to do uznania, że całkowicie prywatne i subiektywne interpretacje wymagań o charakterze religijnym nie spełniają tego warunku i nie mogą w związku z tym uzasadniać odmowy świadczenia określonych usług. Analiza orzecznictwa odnoszącego się do tego problemu w odniesieniu do obszary życia społecznego stanowiącego przedmiot rozważań wykazała, że w sytuacji sporu pomiędzy omawianą wolnością a prawem do równego traktowania w pierwszej kolejności należy ustalić właśnie ten ścisły związek. Jeśli bowiem okaże się, że odmowa nie jest uzasadniona w świetle przekonań usługodawcy, nie będzie konieczne przeprowadzanie procesu balansowania mającego doprowadzić do oszacowania, któremu z praw należy zapewnić realizację. Zauważono przy tym, że uzewnętrznianie przekonań w sferze komercyjnej może podlegać większym ograniczeniom, szczególnie jeśli istnieją inne metody manifestowania swoich przekonań lub jest to możliwe w innych sferach życia.

Omawiając relację wolności wypowiedzi i zakazu nierównego traktowania wskazano, że wypowiedzi o charakterze dyskryminującym jako szerzące nietolerancję nie podlegają ochronie na gruncie Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Dokonano w tym kontekście także rozróżnienia pomiędzy mową nienawiści a mową dyskryminującą, wskazując, że pierwszą z nich można określić jako mowę znieważającą, uwłaczającą czy szykanującą jednostki lub grupy z uwagi na ich cechy tożsamościowe takie jak pochodzenie rasowe lub etniczne czy płeć. Drugą ze wskazywanych kategorii można z kolei, bazując na orzeczeniu w sprawie *Feryn*, zdefiniować jako wypowiedź, która sama w sobie stanowi przejaw nierównego traktowania. Uznawszy, że ani mowa nienawiści ani ta dyskryminująca nie podlegają ochronie w ramach omawianej wolności, przeanalizowano, w jakim zakresie można ona uzasadniać odmowę świadczenia usługi. Zidentyfikowano w tym względzie przypadek usług o spersonalizowanym i artystycznym charakterze, które angażują zdolności ekspresji artystycznej usługodawcy. Wykazano co prawda, iż nie sposób wywodzić w tym wypadku ochronę z uznania, jakoby spersonalizowana usługa lub towar mogły stanowić dzieło artystyczne, za pośrednictwem którego usługodawca przedstawiałby swoje osobiste poglądy dotyczące otaczającej go rzeczywistości. Po pierwsze, wskazano jednak, że już sama odmowa może mieć na tyle silny komponent komunikatywny, by można było ją uznać za wypowiedź podlegająca ochronie. Po drugie natomiast, zwrócono uwagę, iż w przypadku wyszczególnionych powyżej dóbr i usług należy przyznać usługodawcy prawo do ochrony jego ekspresji artystycznej poprzez niezmuszanie go do prezentowania za ich pośrednictwem wypowiedzi, z którymi się nie zgadza. Tożsamego wniosku nie można jednak wysnuć w odniesieniu do usług o charakterze odtwórczym. Podniesiono przy tym, że wartością łączącą wolność wypowiedzi i prawo do równego traktowania, a zatem mogącą stanowić podstawę procesu balansowania, jest partycypacja. Celem swobody wypowiedzi jest bowiem możliwość uczestnictwa w wymianie myśli stanowiącej podstawę demokratycznych społeczeństw, podczas gdy celem wspomnianego wyżej prawa jest możliwość uczestnictwa na równych zasad w życiu społeczno-gospodarczym tegoż społeczeństwa.

Następnie omówiono prawa i wolności podstawowe usługobiorców, wykazując, że niektóre z nich mogą zostać naruszone poprzez jednoczesne naruszenie zakazu dyskryminacji. Na podstawie problemów poruszanych w doktrynie i judykaturze zidentyfikowano wstępnie następujące prawa i wolności mogące wchodzić w relację z prawem usługobiorców do równego traktowania – prawo do poszanowania godności, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, prawo do ochrony danych osobowych oraz

prawo równego dostępu dla osób z niepełnosprawnościami. Postanowiono ponadto poddać analizie zagadnienie wolności myśli, sumienia i religii w kontekście jej negatywnego aspektu oraz obecności symboli religijnych w przestrzeni usługowej. Był to jednak jedyny przypadek z omawianych, w którym nie stwierdzono szczególnego związku z zakazem dyskryminacji. Analiza orzecznictwa zarówno Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pozwoliła na wysnucie wniosku, iż kwestia manifestacji przekonań w publicznej sferze związanej z dobrami i usługami jest problemem związanym z władztwem usługodawcy nad przestrzenią związaną ze świadczeniem lub dostarczaniem dóbr lub usług jako przestrzenią, w której realizuje on swoją działalność zarobkową, a także wpływem tego władztwa na wolność myśli, sumienia i religii osób zatrudnionych w związku z ustanawianiem wewnętrznych polityk dotyczących jej przestrzegania lub kreujących zasadę neutralności. Kwestia ta nie ma natomiast związku z prawami i wolnościami usługobiorców.

W odniesieniu do godności zwrócono uwagę na jej dwojaki charakter, tj. z jednej strony jako prawa podstawowego, z drugiej zaś jako podstawy wszelkich innych praw. Wskazano, że w prawie Unii Europejskiej jej rozumienie wywodzi się z chrześcijańskiej i humanistycznej koncepcji człowieka jako zarówno istoty indywidualnej jak i społecznej, gdyż są to podstawy wspólne dla wszystkich państw członkowskich. Doprowadziło to do przyjęcia, że w zakresie znaczeniowym godności mieszczą się wartości takie jak poszanowanie autonomii moralnej człowieka, jego wolnej woli oraz tożsamości. Tożsamościowy charakter godności pozwolił wykazać jej szczególny związek z zasadą równego traktowania oznaczający, że jej naruszenie rozumiane jako przejaw nierespektowania tożsamości jednostki stanowi zarazem przejaw naruszenia godności. Zwrócono jednocześnie uwagę na fundacyjną funkcję godności jako wartości leżącej u podstaw wszelkich praw i wolności człowieka, która to funkcja sprawia, że godność może stanowić wspólną wartość wykorzystywaną w procesie balansowania. Z kolei w przypadku prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego zwrócono w kontekście usługobiorców uwagę na dwa aspekty, poza omówioną wcześniej jego funkcją jako pojęcia dookreślającego zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług. Po pierwsze, podniesiono że wynikająca z niego konieczność poszanowania społecznej tożsamości jednostki oznacza, iż nieuznawanie przez usługodawcę statusu rodzinnego usługobiorców w związku z poglądami na kwestię np. małżeństw między osobami różnego pochodzenia etnicznego lub różnego wyznania, albo rodzin tworzonych przez osoby tej samej płci, lub traktowanie ich w gorszy sposób

ze względu na ten właśnie status może naruszać prawo do poszanowania życia rodzinnego. Po drugie, zauważono, że istotnym aspektem wskazywanego prawa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest kwestia ochrony danych osobowych, ujętych autonomicznie na gruncie przepisów Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.

W tym kontekście szczegółowej analizie poddano przede wszystkim postanowienia ogólnego rozporządzenia o ochronie danych. Wskazano, że wyróżnia ono szczególne kategorie danych ujawniające cechy mogące stanowić zakazane kryteria dyferencjacji. W związku z nimi omówiono zagrożenia wynikające z szeroko stosowanego w obszarze dóbr i usług mechanizmu profilowania wykorzystywanego do analizy lub prognozy aspektów dotyczących sytuacji ekonomicznej jednostki, zdrowia, osobistych preferencji, zainteresowań, wiarygodności, zachowania, lokalizacji lub przemieszania się. Dzięki temu mechanizmowi możliwe jest stworzenie profilu usługodawcy pozwalającego na wnioskowanie na bazie posiadanych danych o istnieniu danych niebędących w dyspozycji usługodawcy. Wskazano, że profilowanie może zatem prowadzić do kategoryzacji usługobiorców objawiającej się zróżnicowaniem przedstawianej im oferty i zróżnicowanym ustalaniem warunków świadczenia usług lub dostarczania towarów z uwagi na albo zabronione kryteria zróżnicowania albo właściwości, z których kryteria te można wywnioskować. Omówiono w związku z tym wynikające z ogólnego rozporządzenia mechanizmy gwarantujące przestrzeganie zasady równego traktowania, takie jak przede wszystkim zasada zakazu przetwarzania szczególnych kategorii danych za wyjątkiem okoliczności wskazanych w rozporządzeniu, a także prawo do niepodlegania decyzji opierającej się wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu, jeśli wywołuje ona skutki prawne lub w podobny sposób istotnie wpływa na jednostkę. Wskazano wobec tego, że przy podejmowaniu takiej decyzji konieczne jest istnienie czynnika ludzkiego, który nie może ograniczać się wyłącznie do zaakceptowania decyzji podjętej przez algorytm, ale musi obejmować przeanalizowanie posiadanych danych i autonomiczne podjęcie na ich podstawie decyzji.

Podjęto również problematykę równego dostępu do dóbr i usług dla osób z niepełnosprawnościami, choć kryterium niepełnosprawności jest wyłączone z zakresu podmiotowego przepisów prawa wtórnego regulujących obszar życia stanowiący przedmiot niniejszych rozważań. Analiza w tym zakresie była jednak uzasadniona ratyfikowaniem zarówno przez Unię Europejską jak i wszystkie państwa członkowskie Konwencji ONZ o prawa osób niepełnosprawnych, projektowanymi rozwiązaniami w prawie wtórnym mającymi zapewnić realizację tego prawa, a także koniecznością rozważenia w świetle skutku

bezpośredniego praw podstawowych w relacjach horyzontalnych, czy prawo to stanowi element gwarantowanego przez Kartę praw podstawowych Unii Europejskiej prawa do równego traktowania i może być w związku z tym bezpośrednio skuteczne. W pierwszej kolejności wykazano, że w prawie Unii Europejskiej niepełnosprawność definiowana jest przez pryzmat modelu społecznego jako naruszenie sprawności utrudniające w oddziaływaniu z różnymi barierami pełne uczestnictwo w życiu społecznym na równi z innymi osobami. Następnie omówiono problematykę zapewnienia dostępności, postulując w tym względzie nie tylko wprowadzenie wzorem aktów prawa wtórnego odnoszących się do zatrudnienia koncepcji racjonalnych usprawnień zapewniających jednostkowe dostosowania, ale również koncepcji uprzednich dostosowań mających przeciwdziałać systemowemu wykluczeniu usługobiorców. W kontekście projektowanych zmian przytoczono proponowane kryteria badania racjonalności wprowadzanych usprawnień, tj. wielkość, zasoby i charakter organizacji, szacowany koszt, cykl życia towarów i usług oraz możliwe korzyści ze zwiększenia dostępu dla osób niepełnosprawnych, zwracając uwagę na ich zarówno ekonomiczny jak i społeczny aspekt. Analiza relacji omawianych zagadnień względem prawa do równego traktowania doprowadziła jednak do wniosku, iż jakkolwiek jego elementem jest prawo równego dostępu dla osób z niepełnosprawnościami, o tyle nie można na tej podstawie wywieść, by na usługodawcy ciążyły jakiegokolwiek obowiązki w zakresie dokonania dostosowań.

Zrealizowanie celów badawczych pozwoliło wreszcie na weryfikację postawionych na wstępie hipotez badawczych. Pierwsza z nich głosiła, że na tle zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług dochodzi do konfliktów między prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców uniemożliwiających pełną realizację każdego z nich. Teza ta znalazła tylko częściowe potwierdzenie w wyniku dokonanej analizy. Z jednej strony faktycznie stwierdzono, iż w określonych wypadkach konflikt taki może powstać, identyfikując w tym względzie dwa prawa i wolności usługobiorców mogące szczególnie wchodzić w relację sporną z prawem do równego traktowania, tj. wolność myśli, sumienia i religii oraz wolność wypowiedzi. Z drugiej jednak wykazano także, że specyfika badanego obszaru życia społecznego sprawia, iż rozwiązanie sytuacji spornej nie tyle uniemożliwia pełną realizację każdego ze skonfliktowanych praw, ile umożliwia realizację wyłącznie jednego z nich. Zgodnie z drugą hipotezą prawa podstawowe każdej ze stron analizowanych w niniejszej rozprawie relacji pełnią inną funkcję w sytuacji konfliktu. Tezę tę zweryfikowano pozytywnie, wykazując, że o ile prawa usługobiorców mogące zostać naruszone poprzez akt

nierównego traktowania wzmacniają ochronę należną jednostkom ochronę, o tyle prawa przynależne usługodawcom przywoływane są w celu uwolnienia się od zarzutu dyskryminacji.

Trzecia hipoteza zakładała z kolei, że prawo Unii Europejskiej nie dostarcza jednoznacznej metodologii pozwalającej na rozwiązywanie sytuacji spornych pomiędzy prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców. Hipoteza ta znalazła potwierdzenie w toku prowadzonych badań. Wykazały one bowiem, że o ile nie istnieje wyraźna podstawa dla przyjęcia istnienia jakiegokolwiek metodologii właściwej prawu Unii Europejskiej, o tyle można ją wywieść z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącego w szczególności rozwiązywania sytuacji spornych pomiędzy prawami podstawowymi a swobodami rynku wewnętrznego. Nie można jednak przyjąć, by wydedukowana w ten sposób metoda analizy proporcjonalnej stanowiła metodologię jednoznaczną, gdyż podniesiono w toku analizy, iż obarczona ona jest wieloma niejasnościami. Wynikają one jednak z jej elastyczności mającej stanowić odpowiedź na nadmiernie formalistyczne metody i nie przekreślają w związku z tym jej użyteczności dla rozwiązywania omówionych w niniejszej rozprawie konfliktów.

Bibliografia

Akty prawne

1. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą
2. Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej
3. Traktat o Unii Europejskiej
4. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
5. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej
6. Europejska Karta Społeczna
7. Konwencja o Prawach Osób Niepełnosprawnych
8. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności
9. Konwencja nr 108 Rady Europy o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych
10. Dyrektywa Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotycząca ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć
11. Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne
12. Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy
13. Dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania towarów i usług
14. Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana)
15. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)

Orzeczenia TSUE

1. Wyrok TSUE z dnia 10 grudnia 1968 r. w sprawie 7/68, *Komisja Europejska p. Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:1968:51

2. Wyrok TSUE z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawie C-165/82, *Komisja Wspólnot Europejskich p. Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, ECLI:EU:C:1983:311
3. Wyrok TSUE z dnia 13 maja 1986 r. w sprawie C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH p. Karin Weber von Hartz*, ECLI:EU:C:1986:204
4. Wyrok TSUE z dnia 11 lipca 1989 r. w sprawie C-265/87, *H. Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG p. Hauptzollamt Gronau*, ECLI:EU:C:1989:303
5. Wyrok TSUE z dnia 8 listopada 1990 r. w sprawie C-177/88, *E. Dekker p. VJC Centrum Plus*, ECLI:EU:C:1990:383
6. Wyrok TSUE z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-280/89, *ERT AE i inni p. Dimotiki Etairia Pliroforissis i inni*, ECLI:EU:C:1991:254
7. Wyrok TSUE z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-32/93, *C. Webb p. EMO Air Cargo (UK) LTD*, ECLI:EU:C:1994:300
8. Wyrok TSUE z dnia 17 października 1995 r. w sprawie C-450/93, *E. Kalanke p. Freie Hansestadt Bremen*, ECLI:EU:C:1995:322
9. Wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-13/94, *P p. S i Cornwall County Council*, ECLI:EU:C:1996:170
10. Wyrok TSUE z dnia 11 listopada 1997 r. w sprawie C-409/95, *H. Marschall p. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1997:533
11. Wyrok TSUE z dnia 28 marca 2000 r. w sprawie C-158/97, *G. Badeck i inni przy udziale Hessische Ministerpräsident i Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, ECLI:EU:C:2000:163
12. Wyrok TSUE z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie C-407/98, *K. Abrahamsson i Anderson p. Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367
13. Wyrok TSUE z dnia 9 października 2001 r. w sprawie C-377/98, *Królestwo Niderlandów i inni p. Parlamentowi Europejskiemu oraz Radzie Unii Europejskiej*, ECLI:EU:C:2001:523
14. Wyrok TSUE z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas p. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, ECLI:EU:C:2002:36
15. Wyrok TSUE z dnia 19 marca 2002 r. w sprawie C-476/99, *H. Lommers p. Minister Van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ECLI:EU:C:2002:183
16. Wyrok TSUE z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-442/00, *A. Rodriguez Caballero p. Fondo de Garantia Salarial (Fogasa)*, ECLI:EU:C:2002:752

17. Wyrok TSUE z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00, *E. Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge p. Republice Austrii*, ECLI:EU:2003:333
18. Wyrok TSUE z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-77/02, *E. Steinicke p. Bundesanstalt für Arbeit*, ECLI:EU:C:2003:458
19. Wyrok TSUE z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-101/01, *Bodil Lindqvist*, ECLI:EU:C:2003:596
20. Wyrok TSUE z dnia 12 października 2004 r. w sprawie C-313/02, *N. Wippel p. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:607
21. Wyrok TSUE z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH p. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECLI:EU:C:2004:614
22. Wyrok TSUE z dnia 10 marca 2005 r. w sprawie C-196/02, *V. Nikoloudi p. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, ECLI:EU:C:2005:141
23. Wyrok TSUE z dnia 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04, *W. Mangold p. R. Helm*, ECLI:EU:C:2005:709
24. Wyrok TSUE z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-13/05, *S. Chacón Navas p. Eurest Colectividades SA*, ECLI:EU:C:2006:456
25. Wyrok TSUE z dnia 20 września 2007 r. w sprawie C-116/06, *S. Kiiski p. Tampereen kaupunki*, ECLI:EU:C:2007:536
26. Wyrok TSUE z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union p. Viking Line ABP i OÜ Viking Line Eesti*, ECLI:EU:C:2007:772
27. Wyrok TSUE z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05, *Laval un Partneri Ltd p. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809
28. Wyrok TSUE z dnia 1 kwietnia 2008 r. w sprawie C-267/06, *T. Maruko p. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECLI:EU:C:2008:179
29. Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397
30. Wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-303/06, *S. Coleman p. Attridge Law i inni*, ECLI:EU:C:2008:415
31. Wyrok TSUE z dnia 1 października 2009 r. w sprawie C-103/08, *A. Gottwald p. Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, ECLI:EU:C:2009:59

32. Wyrok TSUE z dnia 19 stycznia 2010 r. w sprawie C-555/07, *S. Küçükdeveci p. Swedex GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2010:21
33. Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2010 r. w sprawach połączonych C-379/08 i C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA i inni p. Ministero dello Sciluppo economico i inni*, ECLI:EU:C:2010:127
34. Wyrok TSUE z dnia 12 października 2010 r. W sprawie C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark p. Region Syddanmark*, ECLI:EU:C:2010:248
35. Postanowienie TSUE z dnia 12 listopada 2010 r. w sprawie C-339/10, *Krasimir Asparuchow Estow i inni p. Ministerski sywet na Republika Bułgarija*, ECLI:EU:C:2010:680
36. Wyrok TSUE z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie C-137/09, *M. Josemans p. Burgemeester van Maastricht*, ECLI:EU:C:2010:774
37. Wyrok TSUE z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-208/09, *I. Sayn-Wittgenstein p. Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806
38. Wyrok TSUE z dnia 1 marca 2011 r. w sprawie C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL i inni p. Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2011:100
39. Wyrok TSUE z dnia 10 maja 2011r. w sprawie C-147/08, *J. Römer p. Freie ind Hansestadt Hamburg*, ECLI:EU:C:2011:286
40. Wyrok TSUE z dnia 12 maja 2011 r. w sprawie C-391/09, *Runevič-Vardyn i Wardyn p. Vilniaus miesto savivaldybės administracija i inni*, ECLI:EU:C:2011:291
41. Wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawach połączonych C-411/10 i C-493/10, *N.S. p. Secretary of State for the Home Department i M.E. i inni p. Refugee Applications Commissioner i inni*, ECLI:EU:C:2011:865
42. Wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawie C-366/10, *Air Transport Association of America i inni p. Secretary of State for Energy and Climate Change i inni*, ECLI:EU:C:2011:864
43. Wyrok TSUE z dnia 24 stycznia 2012 r. w sprawie C-282/10, *M. Dominguez p. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique i inni*, ECLI:EU:C:2012:33
44. Wyrok TSUE z dnia 8 listopada 2012 r. w sprawie C-40/11, *Y. Iida p. Stadt Ulm*, ECLI:EU:C:2012:691
45. Wyrok TSUE z dnia 26 lutego 2013 w sprawie C-617/10, *Åklagaren p. H. Åkerbergowi Franssonowi*, ECLI:EU:C:2013:105

46. Wyrok TSUE z dnia 11 kwietnia 2013 r. w sprawach połączonych C-335/11 i C-337/11, *HK Danmark p. Dansk almennyttigt Boligselskab oraz HK Danmark p. Dansk Arbejdsgiverforening*, ECLI:EU:C:2013:222
47. Wyrok TSUE z dnia 25 kwietnia 2013 r. w sprawie C-81/12, *Asociatia Accept p. Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii*, ECLI:EU:C:2013:275
48. Wyrok TSUE z dnia 15 stycznia 2014 r. w sprawie C-176/12, *Assiciation de médiation sociale p. Union locale des syndicats CGT i inni*, ECLI:EU:C:2014:2
49. Wyrok TSUE z dnia 6 marca 2014 r. w sprawie C-206/13, *Cruciano Siragusa p. Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, ECLI:EU:C:2014:126
50. Wyrok TSUE z dnia 18 marca 2014 r. w sprawie C-363/12, *A Government department p. The Board of management of a community school*, ECLI:EU:C:2014:159
51. Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2014 r. w sprawie C-198/13, *V. Hernández i inni p. Reino de España i inni*, ECLI:EU:C:2014:2055
52. Wyrok TSUE z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-354/13, *Fag og Arbjede p. Kommunernes Landsforening*, ECLI:EU:C:2014:2463
53. Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zashtita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480
54. Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-222/14, *K. Maistrellis p. Ypourgos Dikaioynis, Diafaneias kai Anthropinon Dikaionaton*, ECLI:EU:C:2015:473
55. Wyrok TSUE z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-362/14, *M. Schrems p. Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650
56. Wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2016 r. w sprawie C-308/14, *Komisja Europejska p. Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, ECLI:EU:C:2016:436
57. Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2017 r. w sprawie C-406/15, *P. Milkowa p. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, ECLI:EU:C:2017:198
58. Wyrok TSUE z dnia 14 marca 2017 r. w sprawie C-157/15, *S. Achbita i inni p. G4S Secure Solutions NV*, ECLI:EU:C:2017:203
59. Wyrok TSUE z dnia 6 kwietnia 2017 r. w sprawie C-668/15, *Jyske Finans A/S p. Ligebehandlingsnævet*, ECLI:EU:C:2017:278
60. Wyrok TSUE z dnia 18 października 2017 r., *Ypourgos Esoterikon i inni p. Marii-Eleni Kalliri*, sygn. C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767
61. Wyrok TSUE z dnia 17 kwietnia 2018 r. w sprawie C-414/16, *V. Egenberger p. Evangelisches Werk für Diakonie un Entwicklung EV*, ECLI:EU:C:2018:257

62. Wyrok TSUE z dnia 11 września 2018 r. w sprawie C-68/17, *IR p. JQ*, ECLI:EU:C:2018:696
63. Wyrok TSUE z dnia 6 listopada 2018 r. w sprawach połączonych C-569/16 i C-570/16, *Stadt Wuppertal p. M. Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871
64. Wyrok TSUE z dnia 6 listopada 2018 r. w sprawie C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV p. T. Shimizu*, ECLI:EU:C:2018:874
65. Wyrok TSUE z dnia 22 stycznia 2019 r. w sprawie C-193/17, *Cresco Investigation GmbH p. Markusowi Achatziem*, ECLI:EU:C:2019:43

Opinie rzeczników generalnych TSUE

1. Opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 30 września 2010 r., sprawa C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL i inni p. Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2010:564
2. Opinia rzeczniczki generalnej J. Kokott przedstawiona w dniu 15 grudnia 2011 r. w sprawie C-489/10, *Łukasz Marcin Bonda*, ECLI:EU:C:2011:845
3. Opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna przedstawiona w dniu 12 czerwca 2012 r. w sprawie C-617/10, *Åklagaren p. H. Åkerbergowi Franssonowi*, ECLI:EU:C:2012:340
4. Opinia rzeczniczki generalnej J. Kokott przedstawiona w dniu 20 września 2012 r. w sprawie C-394/11, *W. Belov p. CHEZ Elektro Bulgaria AD i inni*, EU:C:2012:585
5. Opinia rzeczniczki generalnej J. Kokott przedstawiona w dniu 12 marca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Byłgarija AD p. Komisija za zashtita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:170
6. Opinia rzecznika generalnego N. Wahla przedstawiona w dniu 1 grudnia 2016 r. w sprawie C-668/15, *Jyske Finans A/S p. Ligebehandlingsnævnet*, ECLI:EU:C:2016:914

Orzeczenia ETPCz

1. Wyrok ETPCz z dnia 7 grudnia 1976 r., *Handyside p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 5493/72
2. Wyrok ETPCz z dnia 25 lutego 1982 r., *Campbell i Cosans p. Wielkiej Brytanii*, skargi nr 7511/76 i 7743/76
3. Wyrok ETPCz z dnia 16 grudnia 1992 r., *Niemietz p. Niemcom*, skarga nr 13710/88
4. Wyrok ETPCz z dnia 25 marca 1993 r., *Costello-Roberts p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 13134/87
5. Wyrok ETPCz z dnia 18 grudnia 1996 r., *Valsamis p. Grecji*, skarga nr 21787/93
6. Wyrok ETPCz z dnia 4 maja 2000 r., *Rotaru p. Rumunii*, skarga nr 28341/95

7. Wyrok ETPCz z dnia 26 października 2000 r., *Hasan i Chaush p. Bułgarii*, skarga nr 30985/96
8. Decyzja ETPCz z dnia 2 października 2001 r. w sprawie *Pichon i Sajous p. Francji*, skarga nr 49853/99
9. Wyrok ETPCz z dnia 29 lipca 2002, *Pretty p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 2346/02
10. Wyrok ETPCz z dnia 4 września 2002 r., *Mikulić p. Chorwacji*, skarga nr 53176/99
11. Wyrok ETPCz z dnia 4 grudnia 2003 r., *Gündüz p. Turcji*, skarga nr 35071/97
12. Decyzja ETPCz z dnia 16 listopada 2004 r., *Norwood p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 23131/03
13. Wyrok ETPCz z dnia 22 grudnia 2004 r., *Merger i Cros p. Francji*, skarga nr 68864/01
14. Wyrok ETPCz z dnia 5 stycznia 2007 r., *Moscow Branch of the Salvation Army p. Moskwie*, skarga nr 72881/01
15. Wyrok ETPCz z dnia 25 lutego 2009 r., *Armoniene p. Litwie*, skarga nr 36919/02
16. Wyrok ETPCz z dnia 3 listopada 2009 r., *Lautsi i inni p. Włochom*, skarga nr 30814/06
17. Decyzja ETPCz z dnia 24 listopada 2009 r., *Friend p. Wielkiej Brytanii oraz Countryside Alliance i inni p. Wielkiej Brytanii*, skargi połączone nr 16072/06 oraz 27809/08
18. Wyrok ETPCz z dnia 18 marca 2011 r., *Lautsi i inni p. Włochom*, skarga nr 30814/06
19. Wyrok ETPCz z dnia 7 lipca 2011 r., *Bayatyan p. Armenii*, skarga nr 23459/03
20. Wyrok ETPCz z dnia 28 listopada 2011 r., *R.R. p. Polsce*, skarga nr 27617/04
21. Wyrok ETPCz z dnia 27 maja 2013 r., *Eweida i inni p. Wielkiej Brytanii*, skargi połączone nr 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10

Inne orzeczenia

1. Wyrok kanadyjskiego Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 1986 r. w sprawie *R. v. Oakes*, [1986], 1 S.C.R. 103
2. Wyrok kanadyjskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 17 lipca 1990 r. w sprawie *Grant v. Willcock*, 13 C.H.R.R. D/22 (Ont. Bd.Inq.)
3. Wyrok kanadyjskiego Sądu Najwyższego z dnia 40 czerwca 2004 r. w sprawie *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47
4. Wyrok *England and Wales Court of Appeal* z dnia 15 grudnia 2009 r., *Ladele v. London Borough of Islington*, [2009] EWCA Civ 1357
5. Wyrok *England and Wales Court of Appeal* z dnia 29 kwietnia 2010 r., *McFarlane v. Relate Avon Ltd*, [2010] EWCA Civ 880

6. Wyrok kanadyjskiego Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2011 r. w sprawie *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 Supreme Court Reports 396
7. Wyrok *England and Wales Court of Appeal* z dnia 10 lutego 2012 r., *Bull & Bull v. Hall & Preddy*, [2012] EWCA Civ 83
8. Wyrok kanadyjskiego Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie *R v NS*, 2012 SCC 72
9. Wyrok Sądu Apelacyjnego Irlandii Północnej z dnia 24 października 2016 r. w sprawie *Lee v. Ashers Baking Company Ltd.*, [2016] NICA 39
10. Wyrok amerykańskiego Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2018 r. w sprawie *Masterpiece Cakeshop Ltd., et. al., v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018)
11. Wyroku polskiego Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. II KK 333/17
12. Wyrok brytyjskiego Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2018 r. w sprawie *Lee v Ashers Baking Company Ltd*, [2018] UKSC 49

Artykuły naukowe

1. Atrey S., *Race Discrimination in EU after Jyske Finans*, Common Market Law Review Vol. 55, Issue 2
2. Augenstein D., *Engaging the Fundamentals: On the Autonomous Substance of EU Fundamental Rights Law*, German Law Journal Vol. 14 (2013), No 10
3. Bakircioglu O., *Freedom of Expression and Hate Speech*, Tulsa Journal of Comparative and International Law, vol. 16 (2008), no. 1
4. Barak A., *Proportionality and Principled Balancing*, Law & Ethics of Human Rights, Vol. 4 (2010), No 1
5. Belavusau U., *A Penalty Card for Homophobia from EU Non-Discrimination Law: Comment on Asociatia Accept*, Columbia Journal of European Law Vol. 21 (2015)
6. Bennett M., Robert S., Davis H., *The Way Forward – Positive Discrimination or Positive Action*, International Journal of Discrimination and the Law, Volume 6 (2005)
7. Besson S. A., *Discrimination and Freedom of Contract: Philosophical and Economic Foundations of the Law against Racial Discrimination in Employment*, International Journal of Discrimination and the Law, Vol. 3 (1999), Issue 4
8. Bratza N., *The Precious Asset: Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Ecclesiastical Law Journal, vol. 14 (2012), No. 2

9. Brkan M., *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 14 (2018), Issue 2
10. Campbell C., Smith D., *Direct Discrimination without a Comparator: Moving to a Test of Unfavourable Treatment*, *Federal Law Review*, Vol. 43 (2015)
11. Carapezza Figlia G., *The Prohibition of Discrimination as a Limit on Contractual Autonomy*, *The Italian Law Journal*, Vol. 04 (2018), No. 01
12. Clarke L., *Sexual Harassment Law in the United States, the United Kingdom and the European Union: Discriminatory Wrongs and Dignitary Harms*, *Common Law World Review* Vol.36, Nr 2 (2007)
13. Coffin F. M., *Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice*, *New York University Law Review*, Vol. 63 (1988)
14. Cohen-Eliya M., Porat I., *American balancing and German proportionality: The historical origins*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8 (2010), Issue 2
15. Collins H., *The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76 (2013), Number 2
16. Costa-Neto J., *Rights as Trumps and Balancing: Reconciling the Irreconcilable?*, *Direito GV Law Review* 21
17. Curtin D., van Ooik R., *The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 8 (2001), Issue 1
18. de Beco G., *Is Obesity a Disability: The Definition of Disability by the Court of Justice of the European Union and Its Consequences for the Application of EU Anti-Discrimination Law*, *Columbia Journal of European Law* Vol. 22 (2016), Issue 2
19. de Campos Velho Martel L., *Reasonable Accommodation: The New Concept from an Inclusive Constitutional Perspective*, *Sur – International Journal on Human Rights*, Vol. 8 (2011), Issue 14
20. de Mol M., *The Novel Approach of the CJEU on the Horizontal Direct Effect of the EU Principle of Non-Discrimination: (Unbridled) Expansionism of EU Law*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 18 (2011), Issue 1-2
21. de Paor A., Ferri D., *Regulating Genetic Discrimination in the European Union*, *European Journal of Law Reform*, Vol. 17 (2015), Issue 1
22. de Vries S. A., *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice*, *Utrecht Law Review*, Vol. 9 (2013), Issue 1

23. de Vries S., *The Bauer et al. and Max Planck judgments and EU citizens' fundamental rights: An outlook for harmony*, European equality law review, Issue 1/2019
24. Dean Gertz J., *The Purloined Personality: Consumer Profiling in Financial Services*, Sand Diego Law Review, Vol. 39 (2002)
25. Demeyere G., *Discrimination, Freedom, and the Limits of Contract*, International Journal of Discrimination and the Law, Vol. 10 (2019), Issue 4
26. Denman D., *The Eu Charter of Fundamental Rights: How Sharp are its Teeth?*, Judicial Review Vol. 19 (2014)
27. Dias C., *Identity, Dignity, Culture and Human Rights*, Human Rights, Vol. 4 (2009), no. 2
28. Ebert F. C., Pinkel T., *Restricting Freedom of Contract through Nondiscrimination Provisions – A Comparison of the Draft Common Reference (DCFR) and the German general Equality Law*, German Law Journal, Vol. 10 (2009), No. 11
29. Emanuel A., *To Whom Will Ye Liken Me, and Make Me Equal – Reformulating the Role of the Comparator in the Identification of Discrimination*, Victoria University of Wellington Law review, Vol. 45 (2014), Issue 4
30. Engle E., *The Rights Orchestra: Proportionality, Balancing, and Viking*, New England Journal of International and Comparative Law, Vol. 17 (2011)
31. Engle E., *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, Hanse Law Review Vol. 5 (2009), No 2
32. Eriksson A., *European Court of Justice: Broadening the Scope of European Non-discrimination Law*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 7 (2009), Issue 4
33. Erlings E., *Individual Manifestations of Religion and Belief under the ECHR*, Hong Kong Journal of Legal Studies, vol. 6 (2012)
34. Faigman D., *Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication*, Northwestern University Law Review, Vol. 88 (1994), No 2
35. Ferri D., *The Conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: A Constitutional Perspective*, European Yearbook of Disability Law, Vol. 2 (2010)
36. Fiedorow D., *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej jako prawo podstawowe w prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, red. C. Mik, K. Gałka, Toruń 2009
37. Fontanelli F., *National Measures and the Application of the EU Charter of Fundamental Rights – Does Curia.eu Know Iura.eu*, Human Rights Law Review Vol. 14 (2014), Issue 2

38. Fornasier M., *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?*, *European Law Review* Vol. 23 (2015), Issue 1
39. Forshaw S., Pilgerstorfer M., *Taking Discrimination Personally: An Analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination*, *King's Law Journal* Vol. 19 (2008)
40. Fraser Butlin S., *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 Measure up to the UK International Commitments?*, *Industrial Law Journal* Vol. 40 (2011), No 4
41. Glensy R., *The Right to Dignity*, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 43 (2011), no. 1
42. Goldberg S., *Discrimination by Comparison*, *Yale Law Journal*, Vol. 120, No. 4
43. Goldschmidt J. E., *New Perspectives on Equality: Towards Transformative Justice through the Disability Convention?*, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 35 (2017), Issue 1
44. Gottlieb S. E., *The Paradox of Balancing Significant Interests*, *Hastings Law Journal*, Vol. 45 (1994)
45. Graf E., *When Automated Profiling Threatens Our Freedom: A Neo-Republican Perspective*, *European Data Protection Law Review*, Vol. 3 (2017), Issue 4
46. Grant E., *Dignity and Equality*, *Human Rights Law Review*, Vol. 7 (2007), no. 2
47. Gray A., *The Reconciliation of Freedom of Religion with Anti-Discrimination Rights*, *Monash university Law Review*, vol. 42 (2016), No 1
48. Gruenberger M., *The Principle of Equal treatment in Triangular Relationships*, www.unikoeln.de/jur-fak/bhgg/personen/gruenberger/Gruenberger_Triangular_Relations.pdf (dostęp 15 kwietnia 2018 r.)
49. Hellman D., *Two concepts of discrimination*, *Virginia Law Review*, Vol. 102 (2016), No. 4
50. Helveston M. N., *Consumer Protection in the Age of Big Data*, *Washington University Law Review*, Vol. 93 (2016), No 4
51. Hendriks A., *The UN Disability Convention and (Multiple) Discrimination: Should EU Non-Discrimination Law Be Modelled Accordingly?*, *European Yearbook of Disability Law* Vol. 2 (2010)
52. Hernandez-Truyol B., *Hope, Dignity and the Limits of Democracy*, *Northeastern University Law Review*, Vol. 10 (2018), no. 2
53. Hoefmans A., *The EU Disability Framework under Construction: New Perspectives through Fundamental Rights Policy and EU Accession in the CRPD*, *European Yearbook of Disability Law*, Vol. 3 (2012)

54. Hofmann H., Mihaescu B., *The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, European Constitutional Law Review, Vol. 9 (2013), Issue 1
55. Howard E., *EU anti-discrimination law: Has the CJEU stopped moving forward?*, International Journal of Discrimination and the Law, Vol. 18 (2018), Issue 2
56. Howard E., *Freedom of Speech versus Freedom of Religion? The Case of Dutch Politician Geert Wilders*, Human Rights Law Review, vol. 17 (2017), Issue 2
57. Howard E., *Race and racism: why does European law have difficulties with definitions?*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 24, Issue 1 (2008)
58. Iordache R., *Matters of individual conscience or non-discriminatory access to public services and goods? Denial of access to public goods and services under the colours of religious ethos*, European equality law review, nr 2019/1
59. Ivanus C., *Discrimination by Association in European Law*, Perspectives of Business Law Journal, Vol. 2 (2013)
60. J. McGill, *Now It's My Rights versus Yours: Equality in Tension with Religious Freedoms*, Alberta Law Review, vol. 53 (2016), No 3
61. Ji-Zeng Fan B., *European Pluralism on the Protection of Fundamental Rights: The European Convention on Human Rights vis-a-vis the EU Legal Order*, National Taiwan University Law Review Vol. 2 (2016), Issue 2
62. Jonker M., Halrynjo S., *Multidimensional Discrimination in Judicial Practice*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 32 (2014), Issue 4
63. Kanter A. S., *A Comparative View of Equality under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Disability Laws of the United States and Canada*, Windsor Yearbook of Access to Justice, Vol. 32 (2015)
64. Klatt M., Meister M., *Proportionality – A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 10 (2012), Issue 3
65. Krois C., *Directive 2004/113/EC on Sexual Equality in Access to Goods and Services: Progress or Impasse in European Sex Discrimination Law*, Columbia Journal of European Law, Vol. 12 (2005), Issue 1
66. Kubler F., *How Much Freedom for Racist Speech: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights*, Hofstra Law Review, vol. 27 (1998), no. 2
67. Lenaerts K., *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, European Constitutional Law Review Vol. 8 (2012), Issue 3

68. Lid I., *Accessibility as a Statutory Right*, Nordic Journal of Human Rights, Vol. 20 (2010), Issue 1
69. Luizzi V., *Balancing of Interests in Court*, Jurimetrics Journal, Vol. 20 (1980)
70. Mair J., *Direct Discrimination: Limited by Definition*, International Journal of Discrimination and The Law, Vol. 10, Issue 1 (2009)
71. Major B., *Religion and Law in R v NS: Finding Space to Re-Think the Balancing Analysis*, Windsor Yearbook of Access to Justice, Vol. 32 (2015), Issue 1
72. Maliszewska-Nienartowicz J., *Direct and Indirect Discrimination in European Union Law – How to Draw a Dividing Line?*, International Journal of Social Sciences, Vol. III (2014), No. 1
73. Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej: rozwój i istota koncepcji*, Gdańskie Studia Prawnicze 2011, t. XXV
74. Maliszewska-Nienartowicz J., *Obiektywne uzasadnienie jako istotny element dyskryminacji pośredniej – uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, Studia Europejskie nr 1/2017 (81)
75. Maucec G., *Tackling Disability-Based Discrimination in International and European Law*, International Journal of Discrimination and Law, Vol. 13 (2013), Issue 1
76. McClurg A. J., *A Thousand Words Are Worth a Picture: A Privacy Tort Response to Consumer Data Profiling*, Northwestern University Law Review, Vol. 98 (2003), No. 1
77. McCrudden C., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, The European Journal of International Law, Vol. 19 (2008), no. 4
78. McCrudden C., *Religion, Human Rights, Equality and the Public Sphere*, Ecclesiastical Law Journal, vol. 13 (2011), no. 1
79. McCrudden C., *Religion, Human Rights, Equality and the Public Sphere*, Ecclesiastical Law Journal, vol. 13 (2011), No. 1
80. McCrudden C., *Rethinking Positive Action*, Industrial Law Journal Vol. 219 (1986)
81. McCrudden C., *The New Architecture of EU Equality Law after CHEZ: Did the Court of Justice reconceptualise direct and indirect discrimination?*, European Equality Law Review 2016/1
82. McCrudden C., *The New Architecture of EU Equality Law after CHEZ: Did the Court of Justice reconceptualise direct and indirect discrimination?*, European Equality Law Review 2016/1
83. McFadden P. M., *The Balancing Test*, Boston College Law Review, Vol. 29 (1988), Issue 5
84. Mize S., *Indirect Discrimination Reconsidered*, New Zealand Law Review, No. 1/2007

85. Möller K., *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 5 (2007), Issue 4
86. Monaghan K., *Equality and Non-discrimination*, Judicial Review, Vol. 16 (2011), Issue 4
87. Monaghan K., *Religious Freedom and Equal Treatment: A United Kingdom Perspective*, Journal of Law and Policy, vol. 22 (2014), No. 2
88. Moses J., *Hate Speech: Competing Rights to Freedom of Expression*, Auckland University Law Review, vol. 8 (1996), no. 1
89. Muir E., *Enhancing the Protection of Third-Country Nationals against Discrimination: Putting EU Anti-Discrimination Law to the Test*, Maastricht Journal of European and Comparative Law Vol. 18, Issue 1-2 (2011)
90. Muir E., *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some Constitutional Challenges*, Common Market Law Review, Vol. 52 (2014), Issue 1
91. Naylor S., *An Examination of Whether the Use of Positive Discrimination Can be Justified*, UCL Jurisprudence Review, Volume 14 (2008)
92. Ngwenya C., *Interpreting Aspects of the Intersection between Disability, Discrimination and Equality: Lessons from the Employment Equity Act from Comparative Law: Part II: Reasonable Accommodation*, Stellenbosch Law Review Vol. 16 (2005), Issue 3
93. Niklas J., *Profilowanie w kontekście ochrony danych osobowych i zakazu dyskryminacji*, http://ptpa.org.pl/site/assets/files/publikacje/opinie/Opinia_profilowanie_w_kontekscie_oc_hrony_danych_osobowych_i_zakazu_dyskryminacji.pdf [dostęp 23 lipca 2019 r.]
94. O'Neill A., *How the CJEU Uses the Charter of Fundamental Rights*, Judicial Review Vol. 17 (2012)
95. O'Neill A., *The EU and Fundamental Rights – Part 2*, Judicial Review Vol. 16 (2011)
96. Oetheimer M., *Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law*, Cardozo Journal of International and Comparative Law, vol. 17 (2009), no. 3
97. Pap A. L., *Profiling, Data Mining and Law Enforcement: Definitions*, Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae, Vol. 277 (2009)
98. Peers S., *The Opt-out That Fell to Earth: The British and Polish Protocol concerning the EU Charter of Fundamental Rights*, Human Rights Law Review Vol. 12 (2012), Issue 2
99. Peers S., *The Rebirth of the EU's Charter of Fundamental Rights*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies Vol. 13 (2011)
100. Periello L., *Discrimination Based on Sexual Orientation and Religious Freedom in European Contract Law*, Italian Law Journal, vol. 4 (2018), No. 2

101. Powell J., *Worlds Apart: Reconciling Freedom of Speech and Equality*, Kentucky Law Journal, vol. 85 (1996), no. 1
102. Quinn G., Flynn E., *Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability*, The American Journal of Comparative Law Vol. 60 (2012), Issue 1
103. Ringelheim J., *The Prohibition of Racial and Ethnic Discrimination in Access to Services under EU Law*, European Anti-Discrimination Law Review nr 10/2010
104. Roberts C., *Is There a Right to Be Free from Religion or Belief at Strasbourg*, Ecclesiastical Law Journal, vol. 19 (2017), no. 1
105. Rossi L., *Same Legal Value as the Treaties: Rank, Primacy, and Direct Effects of the Eu Charter of Fundamental Rights*, German Law Journal Vol. 18 (2017), No 4
106. Sadurski W., *Offending with Impunity: Racial Vilification and Freedom of Speech*, Sydney Law Review, vol. 14 (1992), no. 2
107. Schiek D., *Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conceptions of Equality Law*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 12 (2005), Issue 4
108. Schillig M., *The Interpretation of European Private Law in the Light of Market Freedoms and EU Fundamental Rights*, Maastricht Journal of European and Comparative Law Vol. 15 (2008), Issue 3
109. Schillig M., *The Interpretation of European Private Law in the Light of Market Freedoms and EU Fundamental Rights*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 15 (2008), Issue 3
110. Sharland A., *Focus on Article 10 of the ECHR*, Judicial Review, vol. 14 (2009), no. 1
111. Shultziner D., *Human Dignity – Functions and Meanings*, Global Jurist, Vol. 3 (2003), no 3
112. Siegel R., *Dignity and Sexuality: Claims and Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-Sex Marriage*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 10 (2012), no. 2
113. Smith O., *A pandisability analysis? The possibilities and pitfalls of indirect disability discrimination*, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 60
114. Spaventa E., *Should We “Harmonize” Fundamental Rights in the EU? Some Reflections about Minimum Standards and Fundamental Rights Protection in the EU Composite Constitutional System*, Common Market Law Review Vol. 55 (2018), Issue 4

115. Spieckier I., Tambou O., Bernal P. , Hu M., *The Regulation of Commercial Profiling – A Comparative Analysis*, European Data Protection Law Review, Vol. 2 (2016), Issue 4
116. Steindel T. A., *A Path toward User Control of Online Profiling*, Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Vol. 17 (2011), Issue 2
117. Stewart A., Nicolai S., Hoskyns C., *Disability Discrimination by Association: A Case of the Double Yes?*, Social and Legal Studies Vol. 20 (2011)
118. Stone Sweet A., Mathews J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 47 (2008), No 1
119. Sullivan K. M., *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, University of Colorado law Review, Vol. 63 (1992)
120. Szpunar M., *Zasada swobody umów w prawie wspólnotowym*, [w:] *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, red. C. Mik, Toruń 2007
121. Tahzib-Lie B., *The European Definition of Freedom of Religion or Belief*, Helsinki Monitor, vol. 9 (1998), No. 3
122. Tertnik S., *Effects of European Anti-Discrimination Legislation on General Contract Law*, Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, nr 2/2013
123. Tremblay L. B., *An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 12 (2014), Issue 4
124. Triantafyllou D., *The European Charter of Fundamental Rights and the “Rule of Law”:* *Restricting Fundamental Rights by Reference*, Common Market Law Review Vol. 39 (2002), Issue 1
125. Tyson A., *The Negotiation of the European Community Directive on racial Discrimination*, European Journal of Migration and Law, Vol. 3 (2001), Issue 2
126. Ugochukwu B., *Balancing, Proportionality, and Human Rights Adjudication in Comparative Context: Lessons from Nigeria*, The Transnational Human Rights Review, Vol. 1 (2014)
127. Urbina F., *“Balancing as reasoning” and the problems of legally unaided adjudication: A reply to Kai Möller*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 12 (2014), No 1
128. Urbina F., *Is it Really That Easy? A Critique of Proportionality and ‘Balancing as Reasoning’*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 27 (2014), No 1
129. van der Sloot B., *Ten questions about Balancing*, European Data Protection Law Review, Vol. 3 (2017), Issue 2

130. Ventegodt Liisberg M., *Accessibility of Services and Discrimination: Concentricity, Consequence, and the Concept of Anticipatory Reasonable Adjustment*, International Journal of Discrimination and Law, Vol. 15 (2015), Issue 1-2
131. von Bogdandy A., Kottmann M., Antpöhler C., Dickschen J., Hentrei S., Smrkolj M., *Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, Common Market Law Review Vol. 49 (2012), Issue 2
132. Waddington L., *Fine-tuning non-discrimination law: Exceptions and justifications allowing for differential treatment on the ground of disability*, International Journal of Discrimination and the Law, Vol. 15 (2015), Issue 1
133. Waddington L., *Saying All the Right Things and Still Getting it Wrong: The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 22 (2015), Issue 4
134. Waddington L., *The Development of a New Generation of Sex Equality Directives*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 11 (2004), Issue 1
135. Webber G., *Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 23 (2010), nr 1
136. Wheat K., *Positive Action and Positive Discrimination*, Journal of Civil Liberties Volume 4 (1999)
137. Wickers L., *Religious Freedom: Expressing Religion, Attire, and Public Spaces*, Journal of Law and Policy, vol. 22 (2014), no. 2
138. Wróbel A., *O niektórych problemach sądowego stosowania Karty Praw Podstawowych*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2009
139. Wróbel A., *Rekonstrukcja pojęcia "dyskryminacja"? Uwagi na tle dwóch orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE*, [w:] *Księga pamiątkowa w piątą rocznicę śmierci Profesora Andrzeja Kijowskiego*, red. Z. Niedbała, Warszawa 2010

Publikacje książkowe

1. Bielak-Jomaa E., Lubasz D. (red.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018
2. Bojic I., *Country report. Non-discrimination. Croatia 2017*, <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3683-2016-hr-country-report-nd> [dostęp 08.05.2018]

3. Bribosia E., Rorive I., *In search of a balance between the right to equality and other fundamental rights*, European Commission, Luxembourg 2010
4. Broderick A., Waddington L., *Disability law and reasonable accommodation beyond employment. A legal analysis of the situation in EU Member States*, European Union, Brussels 2016
5. De Vos M., *Beyond Formal Equality – Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Commission, Brussels 2007
6. Debreceniova J., Durbakova V., *Country report. Non-discrimination. Slovakia 2017*, <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3714-2015-sk-country-report-ln-final> [dostęp 08.05.2018]
7. Farkas L., *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*, European Commission, Brussels 2017
8. Hiltunen R., *Country report. Non-discrimination. Finland 2017*, <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3874-2016-finland-country-report-pdf-1-16-mb> [dostęp 08.05.2018]
9. Holtmaat R., Loenen T., *Country report. Non-discrimination. Netherlands 2017*, <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3740-2016-nl-country-report-nd> [dostęp 08.05.2018]
10. Ilieva M., *Country report. Non-discrimination. Bulgaria 2017*, <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3711-2016-bg-country-report-nd> [dostęp 08.05.2018]
11. Justesen P., *Country report. Non-discrimination. Denmark 2017*, <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3678-2016-dk-country-report-nd> [dostęp 08.05.2018]
12. Kędziora K., Śmiszek K. (red.), *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, Warszawa 2017
13. Kogovsek-Salamon N., *Country report. Non-discrimination. Slovenia 2017*, <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3742-2016-si-country-report-nd> [dostęp 08.05.2018]
14. Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012
15. Norberg P., *Country report. Non-discrimination. Sweden 2017*, <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3684-2015-se-country-report-ln-final> [dostęp 08.05.2018]

16. Nowicki M. A., *Wokół Konwencji Europejskiej, Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010
17. Wróbel A. (red.), *Karta Praw Podstawowych. Komentarz*, Warszawa 2013
18. Zawadzka-Łojek A., *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2013
19. Zawadzka-Łojek A., Szczerba-Zawada A. (red.), *Prawo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej*, Warszawa 2015

Inne dokumenty

1. Rekomendacja Komisji 92/131/EEC z dnia 27 listopada 1991 r. w sprawie ochrony godności kobiet i mężczyzn w miejscu pracy, Dz. U. L 049, 24/02/1992
2. Appendix to Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member States on “Hate Speech”, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b> [dostęp: 2 września 2019]
3. Wyjaśnienia dotyczące Karty praw podstawowych, OJ C 303, 14.12.2007, s. 17-35
4. Projekt dyrektywy Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (COM/2008/0426)
5. Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 21 kwietnia 2011 r. do Prezesa Zarządu Ekstraklasa S.A., sygn. RPO-668463-I/II/KW
6. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Ramy jakości dotyczące usług świadczonych w interesie ogólnym, KOM(2011) 900 wersja ostateczna
7. Rezolucja 1928 (2013) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy o ochronie praw człowieka w odniesieniu do religii i przekonań oraz ochrony wspólnot religijnych przed przemocą (*Safeguarding human rights in relation to religion or belief, and protecting religious communities from violence*), <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=19695&lang=en> [dostęp: 17 listopada 2019 r.]
8. Sprawozdanie Komisji Europejskiej z dnia 17 stycznia 2014 z wykonania dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/PL/1-2014-2-PL-F1-1.Pdf> [dostęp: 08.05.2018]

9. Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady, Wspólne sprawozdanie w sprawie zastosowania dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne („dyrektywa w sprawie równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe”) oraz dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy („dyrektywa w sprawie równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy”), COM(2014) 2 final
10. Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, Sprawozdanie ze stosowania dyrektywy Rady 2004/113/WE wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług, COM(2015) 190 final
11. Ontario Human Rights Commission, *Policy on competing human rights*, <http://www.ohrc.on.ca/en/policy-competing-human-rights> [dostęp 22 sierpnia 2018 r.]
12. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf [dostęp 3 sierpnia 2019 r.]

Streszczenie

Praca poświęcona jest relacjom pomiędzy zakazem dyskryminacji w dostępie dóbr i usług a prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców w prawie Unii Europejskiej, jak również relacjom pomiędzy tymi prawami. Głównym celem pracy było przeanalizowanie wzajemnych stosunków między wskazywanymi pojęciami oraz określenie metod rozwiązywania ewentualnych konfliktów między nimi.

W pracy zidentyfikowano trzy główne hipotezy badawcze. Pierwsza z nich zakłada, że na tle zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług dochodzi do konfliktów między prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców uniemożliwiającymi pełną realizację każdego z nich. Druga z nich opiera się z kolei na założeniu, że w sytuacji konfliktu prawa podstawowe każdej ze stron pełnią inną funkcję – podmiot dyskryminowany może powołać się na przysługujące mu prawa podstawowe celem wzmocnienia ochrony prawnej przed nierównym traktowaniem (np. powołanie się na prawo do ochrony danych osobowych w przypadku profilowania), zaś podmiot dyskryminujący celem uzasadniania swojego działania noszącego znamiona nierównego traktowania (np. powołanie się na wolność myśli, sumienia i religii w przypadku odmowy świadczenia usługi). Trzecia hipoteza badawcza opiera się natomiast na założeniu, że prawo Unii Europejskiej nie dostarcza jednoznacznej metodologii pozwalającej na rozwiązywanie konfliktów powstających między prawami podstawowymi w kontekście zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług.

Przed pracą postawiono cztery cele badawcze. Pierwszym z nich było dokonanie analizy podstawowych pojęć związanych z zakazem dyskryminacji w prawie Unii Europejskiej w świetle specyfiki dostępu do dóbr i usług oraz ustalenie, które z tych pojęć i w jakim zakresie mają zastosowanie do wskazywanego obszaru życia społecznego. Drugim celem badawczym było dokonanie analizy zakresu podmiotowego i przedmiotowego omawianego zakazu, dzięki czemu możliwe było ustalenie, do jakich kategorii podmiotów i w jakim zakresie zakaz ten znajduje zastosowanie (np. problem osób prawnych), a także jakie kategorie dóbr i usług obejmuje (np. problem usług świadczonych w interesie ogólnym). Trzecim celem było zbadanie, czy unijny system ochrony praw podstawowych zawiera metodologię rozwiązywania sporów między prawami podstawowymi, a jeśli nie, czy zawiera jakiegokolwiek elementy umożliwiające stworzenie takiej metodologii. Czwarty cel badawczy to dokonanie analizy praw podstawowych usługobiorców i usługodawców relevantnych dla dostępu do dóbr i usług oraz określenie dzięki temu, w jakim relacje prawa te wchodzą z zakazem dyskryminacji i na czym polegają ewentualnie występujące między nimi konflikty.

W rozdziale pierwszym zdefiniowano ramy prawne zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług w prawie Unii Europejskiej, a także podstawowe pojęcia związane z tym zakazem takie jak nierówne traktowanie, dyskryminacja bezpośrednia czy też dyskryminacja pośrednia. Rozdział drugi poświęcono omówieniu systemu ochrony praw podstawowych w Unii Europejskiej, a także charakterowi tych praw. Przedstawiona została w nim również typologia konfliktów między prawami podstawowymi oraz metodologia ich rozwiązywania bazująca m.in. na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W rozdziale trzecim przeanalizowano zakres podmiotowy oraz przedmiotowy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług w prawie Unii Europejskiej. Poruszono w nim problemy m.in. nierównego traktowania osób prawnych oraz zdefiniowania pojęć takich jak dobra i usługi. Rozdział czwarty poświęcono analizie praw podstawowych usługobiorców z perspektywy ich relacji do zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług a także praw podstawowych usługodawców. Rozdział piąty analogicznie poświęcono omówieniu tych praw podstawowych usługodawców, które wchodzą w pewne relacje z zakazem dyskryminacji oraz prawami podstawowymi usługobiorców.

Summary

This doctoral dissertation is devoted to the prohibition of discrimination in access to goods and services in the context of customers' and service providers' fundamental rights in the European Union law, as well as the relation between these rights. The main aim of this dissertation was to thoroughly analyse the mutual relationship between the abovementioned concepts and to determine possible methods of solving potential conflicts among them.

There are three main hypotheses identified in the dissertation. In the first one, it is assumed that discrimination in access to goods and services leads to conflict between the fundamental rights of customers and those of service providers. This, in turn, leads to the lack of possibility to fulfil the rights of both parties. The second hypothesis is based on the assumption that in case of conflict, the fundamental rights of each party serve different purposes – a discriminated person may rely on their fundamental rights in order to strengthen legal protection against unequal treatment (e.g. the right to personal data protection in case of profiling), and the discriminating person to justify their act of unequal treatment (e.g. freedom of thought, conscience and religion in the event of refusal to provide a service). The third hypothesis is based on the assumption that the European Union law does not provide any unequivocal methodology allowing conflict resolution relating to the fundamental rights in the context of the prohibition of discrimination in access to goods and services.

There are four research objectives established prior to having started the dissertation. The first one was to analyse basic concepts relating to discrimination in the European Union law with emphasis on the specificity of access to goods and services and to determine which of these concepts, and to what extent, apply to the indicated area of social life. The second research objective was to analyse the personal and material scope of discrimination in question, which made it possible to determine to which categories of persons and to what extent such discrimination applies (e.g. the problem of legal persons), and which categories of goods and services it includes (e.g. services of general interest). The third objective was to examine whether the EU system for the protection of fundamental rights contains a methodology for the resolution of conflict between fundamental rights, and if not, whether it contains any elements enabling the creation of such a methodology. The fourth research objective was to analyse the fundamental rights of customers and service providers which are relevant to access of goods and services, and to determine the relationship between these rights and the prohibition of discrimination and what the potential conflicts between them may be.

The first chapter defines the legal framework for the prohibition of discrimination in access to goods and services in European Union law, as well as the basic concepts related to this prohibition such as unequal treatment, direct discrimination and indirect discrimination. The second chapter is devoted to describing the system of protection of fundamental rights in the European Union, as well as nature of these rights. It also presents a typology of conflicts between fundamental rights and a methodology to solve them. This methodology is based on, among others, on the case law of the Court of Justice of the European Union. The third chapter analyses the personal and material scope of the prohibition of discrimination in access to goods and services in European Union law. The analysis of issues such as unequal treatment of legal persons and the definition of goods and services was done. The fourth chapter is devoted to the analysis of the fundamental rights of consumers from the perspective of the relationship to the prohibition of discrimination in access to goods and services as well as the fundamental rights of service providers. The fifth chapter, similarly, discusses these fundamental rights of service providers, which come into some relation with the prohibition of discrimination and fundamental rights of consumers.