

Prof. nadzw. INP PAN dr hab. Krystyna Kowalik-Bańczyk

Zakład Prawa Konkurencji

Instytut Nauk Prawnych PAN

[na urlopie bezpłatnym do 30.08.2022 r.]

Luksemburg, dnia 17 marca 2020 r.

**Recenzja rozprawy doktorskiej Pana Magistra Macieja Kułaka pt.:**  
**„Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług a prawa podstawowe**  
**usługobiorców i usługodawców w prawie Unii Europejskiej”**

**I. Wybór tematu rozprawy doktorskiej**

Przedstawiona do oceny rozprawa doktorska Pana Magistra Marcina Kułaka dotyczy relacji między zakazem dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług, a prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców w prawie Unii Europejskiej. Doktorant podaje trzy powody wyboru tematu: po pierwsze, aktywność różnych sądów wskazuje na ożywioną dyskusję dotyczącą granic ochrony praw podstawowych w takich relacjach. Po drugie, Autor dopatruje się specyfiki usług jako takich, w zestawieniu z innymi dziedzinami objętymi unijnym zakazem dyskryminacji. Po trzecie, na zainteresowanie się tym tematem wpływ ma też najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE), dotyczące ewentualnego horyzontalnego skutku bezpośredniego praw podstawowych w relacjach horyzontalnych, przyjmujące iż taki skutek może mieć miejsce, nie wskazując jednak jak dotychczas jasnego sposobu rozstrzygnięcia kolizji z innymi prawami podstawowymi wynikającymi również z prawa UE. Autor wprowadza już we wstępie trzy hipotezy, z którymi trudno polemizować – po pierwsze, iż dochodzi do konfliktów na tle zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług; po drugie, iż prawa podstawowe każdej ze stron w konflikcie pełni inną funkcję w sytuacji konfliktu, i po trzecie wreszcie, że nie da się zdaniem Autora sformułować jednolitej metodologii pozwalającej na rozwiązywanie sytuacji spornych pomiędzy prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców. Mimo tej wstępnej deklaracji głównym celem analizy Doktoranta wydaje się być próba zidentyfikowania takiej właśnie metody rozwiązywania sporów między prawami podstawowymi w prawie UE, której deklaratywnie (por. zakończenie) Autor nie

znajduje, jednak z całej przeprowadzonej analizy można wysnuć pewne wnioski odnośnie do tego, jak w przyszłości TSUE być może będzie rozstrzygał tego typu konflikty.

W praktyce zakres przedmiotowy pracy ograniczony jest zakresem zastosowania aktów prawa wtórnego, w których pojawia się zakaz dyskryminacji w dostępie do towarów i świadczenia usług. Zdaniem Doktoranta na obecnym etapie rozwoju prawa UE ogranicza się on do dwóch dyrektyw: 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<sup>1</sup> (dalej jako dyrektywa 2000/43) oraz dyrektywy Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług<sup>2</sup> (dalej jako dyrektywa 2004/113). Niewątpliwie jeśli chodzi o akty o charakterze „horyzontalnym”, Autor ma rację, można się jednak zastanawiać czy nie należałoby również w rozważaniach wziąć pod uwagę pewnych kategorii usługobiorców (jak pasażerowie<sup>3</sup> lub pacjenci<sup>4</sup>) lub usługodawców. Dla wszystkich znajdują zastosowanie ogólne zakazy dyskryminacji wynikające z prawa pierwotnego oraz z obu szeroko zakreślonych dyrektyw, ale dla poszczególnych kategorii konsumentów pewne rozwiązania mogą być szczególnie dotkliwe.

W polskiej i zagranicznej literaturze przedmiotu na ogół podejmowane jest zagadnienie dyskryminacji z uwagi na określone kryterium dyskryminacyjne – takie jak płeć, pochodzenie czy orientacja seksualna. Zdecydowanie mniej jest opracowań o charakterze „horyzontalnym”, próbujące ustalić jakąś formę szerszej metodologii sądowej w podejściu do sytuacji dyskryminacji z uwagi na różne istniejące w prawie europejskim kryteria różnicowania. Rozczłonkowanie badań na poszczególne kryteria dyskryminacji nie pozwala na wypracowanie jednolitej koncepcji tego, jak TSUE podchodzi do zagadnienia dyskryminacji w dostępie do towarów i usług. Tymczasem problemy interpretacyjne związane z taką dyskryminacją wydają się powielać, co uzasadnia przeprowadzenie przez Doktoranta łącznej analizy, bez rozbijania jej na fragmenty z uwagi na kryterium dyskryminacji, a raczej na rodzaj chronionych praw lub wartości.

Wybór tematu pracy należy uznać za prawidłowy – ustalenie tego, jak egzekwowany jest zakaz dyskryminacji z uwagi na różne kryteria w dostępie do towarów i usług jest zagadnieniem, które coraz częściej stanowi przedmiot postępowań sądowych na poziomie krajowym i europejskim,

---

<sup>1</sup> Dz.U. L 180 z 19.7.2000, str. 22-26, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 20 Tom 001, str. 23 - 27.

<sup>2</sup> Dz.U. L 373 z 21.12.2004, str. 37-43.

<sup>3</sup> Na przykład: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 181/2011 z dnia 16 lutego 2011 r. dotyczące praw pasażerów w transporcie autobusowym i autokarowym oraz zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz.U. L 55 z 28.2.2011, str. 1-12

<sup>4</sup> Na przykład Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z dnia 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej, Dz.U. L 88 z 4.4.2011, str. 45-65.

w związku z czym czerpanie inspiracji z orzecznictwa i praktyki instytucji europejskich wydaje się jedynym słusznym rozwiązaniem. Tytuł pracy odwołuje się do pojęcia „dyskryminacji”, bez definiowania kryteriów tej dyskryminacji. Jest to uzasadnione zamkniętym jak dotychczas katalogiem przesłanek, które są chronione w europejskim prawie antydyskryminacyjnym. Tytuł odwołuje się też do pojęcia praw podstawowych w prawie Unii Europejskiej, plasując swoje rozważania w perspektywie (nieuniknionej) kolizji między interesami i prawami usługodawców i usługobiorców. Takie postawienie problemu dopuszcza – jak się wydaje – sytuacje, w których może dochodzić do dyskryminacji usługobiorców z uwagi na godne ochrony prawa, wartości lub interesy usługodawców.

Doktorant objął swoją analizą nie tylko całość kryteriów dyskryminacji, ale też całość hipotez kryjących się pod pojęciem „dostępu do towarów i usług”. Nie ulega wątpliwości że większy nacisk został położony na kwestię „świadczenia usług”, wątki związane z analizą swobody przepływu towarów zostały, jak się wydaje słusznie, pozostawione na marginesie rozważań. Opracowanie Doktoranta ma walor nowości przez uporządkowanie wątków i podjęcie próby ustalenia uniwersalnej metodologii traktowania sytuacji świadczenia usług w kontekście zakazu dyskryminacji. Doktorantowi udało się dzięki temu ująć w pracy wiele bardzo złożonych wątków, przekładając ich analizę na bardziej uniwersalne rozważania metodologiczne.

## **II. Konstrukcja pracy i wykorzystane metody badawcze**

Rozprawa doktorska Magistra Maciej Kułaka składa się ze wstępu, pięciu rozdziałów oraz zakończenia. Razem ze spisem treści, różnymi wykazania i streszczeniami opracowanie liczy 228 stron. Struktura pracy ma pozwolić na zweryfikowanie przyjętej przez Doktoranta hipotezy iż powinno być możliwe ustalenie jednolitej metodologii w podejściu TSUE do zagadnienia dyskryminacji w dostępie do towarów i usług. Poszczególne rozdziały dotyczą odpowiednio: podstawowych zagadnień dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług, rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi, zakresu zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług, relacji między tym zakazem a prawami podstawowymi usługodawców oraz tejsze relacji z prawami podstawowymi usługobiorców.

Kryterium podziału pracy jest rozważenie po kolei wszystkich elementów tytułu – dyskryminacji, praw podstawowych, kolizji praw podstawowych i tychże praw dla dwóch stron badanego stosunku prawnego polegającego na świadczeniu usługi. Prawa zawiera spisy: aktów prawnych, orzeczeń TSUE, opinii Rzeczników Generalnych, orzeczeń ETPCz oraz orzeczeń sądów krajowych. Autor skorzystał z 139 artykułów naukowych oraz 19 książek, w języku polskim i angielskim.

W swojej pracy Doktorant posługuje się dwoma metodami badawczymi: formalno-dogmatyczną oraz prawno-porównawczą. Autor z jednej strony wykorzystuje metodę formalno-dogmatyczną, przeprowadzając analizę europejskich aktów prawnych zawierających zakazy dyskryminacji ze względu na różne kryteria. Przy niektórych analizach Autor dokonuje też analizy aktów, które były w procesie legislacyjnym UE planowane, ale ostatecznie nie zostały przyjęte. Z drugiej strony, Autor szeroko sięga do analizy prawno-porównawczej, bez dokonywania jednak usystematyzowanych porównań instytucji i rozwiązań prawnych istniejących w państwach trzecich. Z tego względu walorem – ze względów ilustracyjnych, ale i zarazem niekiedy słabością pracy – ze względu na niedawanie czytelnikowi szerszego kontekstu porównawczego - jest sięganie w wielu miejscach do sądowej interpretacji analogicznych krajowych przepisów wykluczających dyskryminację przez sądy państw trzecich (USA, Kanada, Australia). Główne analizy dotyczą jednak praktyki TSUE oraz nieco węższej, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz). Autor analizuje większość orzecznictwa TSUE w którym bezpośrednio pojawia się problem dostępu do towarów i usług, oraz często przez analogię odwołuje się do orzeczeń dotyczących zakazu dyskryminacji wobec pracowników.

### **III. Ocena treści rozprawy – zasadnicze wątki pracy**

Pierwszy rozdział pracy (str. 8-45) analizuje podstawowe pojęcia związane z zakazem dyskryminacji w prawie Unii Europejskiej w obszarze dostępu do dóbr i usług. Autor ma na celu ustalenie podstawowych pojęć: dyskryminacji i jej form oraz wyjątków od zakazu dyskryminacji. Doktorant wskazuje, że przepisy dotyczące dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz ze względu na płeć w zakresie wynagradzania stanowiły jedną z zasad założycielskich Unii Europejskiej. Dopiero od czasu wejścia w życie Traktatu z Amsterdamu ówczesna Wspólnota Europejska uzyskała kompetencje do przyjmowania środków niezbędnych do zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, religię, światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną. Na podstawie tej nowej kompetencji została przyjęta dyrektywa 2000/43, która swoim zakresem przedmiotowym objęła też dostęp do dóbr i usług oraz dostarczanie dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem. Ujęto w niej po raz pierwszy definicję dyskryminacji bezpośredniej oraz pośredniej, przyjmując, iż trzeba w tym ostatnim przypadku brać pod uwagę czy dane rozwiązanie może doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji (co pozwala na unikanie analizy historycznej, ale pozwala na analizę prospektywną). Nie jest konieczne wykazanie skutków dyskryminacji, wystarczy wykazanie jej prawdopodobieństwa. Dyrektywa zdefiniowała też molestowanie, odsyłając wprawdzie do prawa krajowego, ale przyjmując że molestowaniem jest 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. Identyczny zakres przedmiotowy zastosowano w dyrektywie 2004/113, dzięki której, jak podaje Autor „zakaz dyskryminacji ze względu na płeć stał się elementem europejskiego prawa kontraktowego” (str. 10). Doktorant opisuje też akt, którego nie udało się przyjąć (dyrektywę horyzontalną, której celem było rozszerzenie zakresu ochrony w przypadku wskazanych cech chronionych m.in. na obszar dostępu do towarów i innych usług powszechnie dostępnych, w tymi mieszkań i ich dostarczania”). W komentowanym rozdziale Autor zaczyna od wskazania historycznych źródeł traktatowych, by następnie opisać przyjęte na początku XXI wieku akty prawa wtórnego, i dopiero potem dokończyć charakteryzowanie prawa pierwotnego. Taka struktura analizy nie jest błędna, ale zaskakuje czytelnika i można się zastanawiać, co, poza chronologią, kierowało Autorem, by przyjąć taki sposób charakteryzowania rozwiązań prawnych.

Doktorant definiuje pojęcie dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług, wychodząc od rekonstrukcji tego pojęcia w orzecznictwie TSUE. Uznaje, że TSUE nie dokonuje rozróżnienia między zasadą równości a zakazem dyskryminacji<sup>5</sup> oraz że stosuje tzw. komparatywną teorię dyskryminacji, wymagającą dla wykazania takiej dyskryminacji, porównanie do sytuacji innych osób (nie podając jednak konkretnego wyroku, a literaturę, str. 13). Możliwe jest też uznanie, iż TSUE dopuszcza pojęcie dyskryminacji wielokrotnej (z powodu kilku cech tożsamościowych, str. 14), jak i dyskryminacji przez asocjację lub tzw. dyskryminację przeniesioną (obejmując osoby pozostające z osobami o określonych cechach w pewnych osobistych relacjach, sprawa C-303/06 *Coleman*<sup>6</sup>). Pokrzywdzenie dyskryminacją może mieć charakter jedynie potencjalny, bez identyfikowania osoby pokrzywdzonej<sup>7</sup> (str. 16). Zakazem zdaniem Doktoranta objęta jest również tzw. dyskryminacja przez asumpcję, czyli dyskryminowanie z uwagi na przymiot, którego dana osoba w rzeczywistości nie posiada (str. 17-18). Autor wskazuje też, że obie dyrektywy przewidują możliwość odstępstwa od zakazu dyskryminacji poprzez przepisy o tzw. działaniach pozytywnych (wyrównawczych, str. 38).

Nie do końca jasne jest stanowisko Doktoranta w niektórych sprawach. Autor z jednej strony, na przykładzie sprawy Dekker<sup>8</sup>, twierdzi, że nie jest możliwe zidentyfikowanie sytuacji dyskryminacji

---

<sup>5</sup> Stwierdzenie to oparte jest na wyroku TSUE z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-442/00 *Ángel Rodríguez Caballero przeciwko Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, ECLI:EU:C:2002:752.

<sup>6</sup> Wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-303/06 *S. Coleman przeciwko Attridge Law i Steve Law*, ECLI:EU:C:2008:415.

<sup>7</sup> Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding przeciwko Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397, wyrok TSUE z dnia 25 kwietnia 2013 r. w sprawie C-81/12 *Asociația Accept przeciwko Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, ECLI:EU:C:2013:275.

<sup>8</sup> Wyrok TSUE z dnia 8 listopada 1990 r. w sprawie C-177/88 *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker przeciwko Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, ECLI:EU:C:1990:383.

bez właściwego „komparatora”, z drugiej strony wskazuje, że w motywie 20 preambuły do dyrektywy 2004/113 udało się tego wymogu uniknąć (str. 22). Omawia też zawarte w dyrektywach sytuacje nie wymagające identyfikowania komparatora, takie jak molestowanie, molestowanie seksualne oraz nakazywanie dyskryminacji (str. 35). Wskazuje, że z uwagi na niestrukturalny charakter relacji związanych z nabywaniem dóbr i usług, by uznać sytuację za porównywalną często trzeba się odwoływać do hipotetycznego modelu porównawczego, biorąc pod uwagę dwa czynniki: chęć dokonania transakcji oraz posiadanie obiektywnej zdolności nabywczej (str. 45), co też zdaje się wykluczać wymóg istnienia komparatora. Zdaniem Doktoranta orzeczenie *Chez*<sup>9</sup> określa granice asocjacji i pojęcie dyskryminacji strukturalnej. Nie jest jednak dla mnie jasne, w jaki sposób dochodzi w nim do zilustrowania dyskryminacji w dostępie do usług. Samo strukturalne rozwiązanie jest „symbolicznie” dyskryminujące dla osób korzystających z pewnych świadczeń, nie wyklucza jednak dostępu. Z tego względu dobrze by było, gdyby Autor doprecyzował swoje stanowisko.

Drugi rozdział pracy (str. 46-97) dotyczy rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi. Autor przedstawia podstawy prawne dla ochrony praw podstawowych oraz analizuje wzajemne relacje między poszczególnymi źródłami prawa, zwłaszcza zastanawiając się jak ustalić „zasadniczą istotę prawa podstawowego” (str. 52). Następnie przedstawia zakres podmiotowy stosowania Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej<sup>10</sup> (dalej jako KPP), analizując komu i przeciwko komu przysługuje ochrona potwierdzonych w niej praw podstawowych. Przy rozstrzyganiu konfliktów między prawami podstawowymi usługobiorców i usługodawców istotne jest kwestia ich ewentualnego skutku w relacjach horyzontalnych (str. 58). Zdaniem Autora jasna jest intencja TSUE, by przyznać prawom podstawowym skutek bezpośredni<sup>11</sup> (str. 62). Jest to bardzo odważne stwierdzenie, bez niuansowania ewentualnych wchodzących w grę postanowień Karty. W związku z tym stanowiskiem Autora, które w sumie nie znajduje potwierdzenia w dalszych analizach, Karta powinna być zatem punktem wyjścia do rozważań nad problemem rozwiązywania konfliktów między prawami usługodawców i usługobiorców w prawie UE. Następnie Autor przedstawia typologię konfliktów między prawami podstawowymi, wychodząc od konfliktów między różnymi prawami lub wolnościami (ang. *inter-right conflict*) lub w obrębie jednego prawa lub wolności (ang. *intra-right conflict*, str. 65). Metodologia rozwiązywania konfliktów (str. 67 i nast.) polega głównie na stosowaniu metody analizy proporcjonalnej (str. 67), oznaczającej dopuszczalność ograniczenia praw i wolności jednej grupy podmiotów dla umożliwienia innej grupie realizacji przynależnych jej praw i wolności. Nie najszcześniejsze wydaje się przyjęcie przez Autora tłumaczenia angielskiego słowa

<sup>9</sup> Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14 *CEZ Razpredelenie Byłgarija AD przeciwko Komisija za zashtita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480.

<sup>10</sup> Dz.U. C 202 z 7.6.2016, str. 391-407.

<sup>11</sup> Wyrok TSUE z dnia 17 kwietnia 2018 r. w sprawie C-414/16 *Vera Egenberger przeciwko Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, ECLI:EU:C:2018:257.

*balancing* jako balansowania (str. 68). Autor przedstawia metodę analizy proporcjonalnej w praktyce orzeczniczej TSUE, wychodząc od orzeczenia Viking<sup>12</sup> (str. 78) oraz Laval<sup>13</sup> (str. 81) i Schmidberger<sup>14</sup> (str. 83). Nie jest jasne, dlaczego Autor nie trzyma się chronologii, opisując najpierw nowsze, a potem starsze orzecznictwo, w sposób nieco „kolisty” czy powtarzalny (niektóre wątki powracają kilkakrotnie). Rekonstruuje jednak metodologię TSUE jako obejmującą następujące etapy: po pierwsze, TSUE bada jakich wartości, praw lub wolności dotyczy spór. Po drugie określa ich zakres. Po trzecie identyfikuje wzajemne oddziaływanie praw w sporze. Następnie przechodzi do analizy proporcjonalnej, pozostawiając ostatni element, czyli wyważenie interesów, sądowi krajowemu (str. 85). Autor omawia też inne metody rozwiązywania konfliktów między prawami podstawowymi: metodę hierarchiczną oraz metodę kategoryzacji (str. 86), nie poświęcając im jednak większej uwagi. Następnie Autor dokonuje ciekawego zestawienia orzecznictwa sądów polskich i zagranicznych, w którym przeprowadzona została analiza oparta na metodzie proporcjonalnej, opisując m.in. wyrok SN (bez sygnatury, str. 88), wyrok amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Masterpiece Cakeshop* czy brytyjskiego Sądu Najwyższego *Lee v Ashers Baking Company Ltd* (str. 90). Na str. 95 Autor deklaruje że wykorzystał orzecznictwo ETPCz, co nie ma raczej miejsca w tym rozdziale.

Rozdział trzeci (str. 98-128) dotyczy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług. Tak ujęta dyskryminacja w prawie UE może dotyczyć jedynie osób fizycznych, ze względu na płeć (dyrektywa 2004/113) bądź pochodzenie rasowe czy etniczne (dyrektywa 2000/43). Jak wskazuje Autor za Nielsem Wahlem, pojęcie rasy ustąpiło w orzecznictwie TSUE obecnie raczej pojęciu pochodzenia etnicznego (w sprawie C-668/15 *Jyske Finans*<sup>15</sup>), co nie odpowiada jednak terminologii stosowanej dla opisanego rodzaju niekorzyści, jakich doświadczają osoby nierówno traktowane z uwagi na to kryterium (str. 99). Osoby fizyczne mogą być też dyskryminowane gdy są członkami osób prawnych (współtworzą osoby prawne lub dla nich pracują). Zgodnie z motywem 16 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. Motyw ten pozwala, zdaniem Autora, na właściwe ustalenie zakresu podmiotowego zakazu dyskryminacji, dając wskazówkę, jak należy właściwie interpretować postanowienia dyrektywy. Autor słusznie wyklucza, by państwa członkowskie mogły dysponować w tym zakresie

---

<sup>12</sup> Wyrok TSUE z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05 *International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union przeciwko Viking Line ABP i OÜ Viking Line Eesti*, ECLI:EU:C:2007:772.

<sup>13</sup> Wyrok TSUE z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05 *Laval un Partneri Ltd przeciwko Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan i Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809.

<sup>14</sup> Wyrok TSUE z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge przeciwko Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:333.

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

swobodą interpretacyjną (str. 107). Tymczasem jednak praktyka pozostaje zróżnicowana – zakres uznania osób prawnych za osoby doświadczające dyskryminacji jest różny, w Danii i Szwecji w ogóle ich nie obejmując (str. 109), albo wprowadzając różny poziom ochrony: w modelu holenderskim pozwalając na indywidualne nierówne traktowanie osób fizycznych tworzących osobę prawną, w modelu polskim (odwołanie do członków osoby prawnej) czy w modelu słowackim (rozszerzony krąg osób wchodzących w interakcje z osobą prawną, których nierówne traktowanie może stanowić podstawę dochodzenia roszczeń przez samą osobę prawną). Autor uznaje też, że komparatorem dla osoby prawnej mogłaby być osoba fizyczna, ponieważ to w istocie osoby fizyczne (członkowie osoby prawnej) podlegają ewentualnej dyskryminacji. Zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług wymaga zdefiniowania pojęć dobra i usługi. Autor odwołuje się tu do utrwalonego orzecznictwa dotyczącego dwóch z czterech swobód – swobody przepływu towarów i swobody przepływu usług. Obok pojęcia dóbr i usług pojawia się też odrębnie pojęcie „zakwaterowania”, co intuicyjnie mogłoby moim zdaniem również być objęte pojęciem usługi – ale jak zwraca uwagę Autor może w istocie chodzić albo o usługę (wynajem) albo o towar (sprzedaż mieszkania, str. 116). Autor stawia ciekawe pytanie, czy zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług obejmuje też usługi w ogólnym interesie oraz usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Zdaje się przyjmować iż te drugie, jako iż mają charakter gospodarczy, są objęte pojęciem usług, natomiast te pierwsze niekoniecznie (str. 120). Zwłaszcza usługi socjalne, niespełniające kryteriów traktatowych, nie są objęte zakresem przedmiotowym zakazu nierównego traktowania ze względu na płeć, skoro dyrektywa 2004/113 odnosi się do traktatowej interpretacji pojęcia usługi. Wyłączenia z zakresu przedmiotowego zakazu obejmują sytuacje, gdy oferta towarów lub usług nie pojawia się w przestrzeni publicznej, bo oferowana jest ograniczonemu kręgowi osób (rodzinnie, znajomym itp.). Autor szeroko omawia ewentualne odstępstwa od zakazu dyskryminacji ze względu na płeć, zwłaszcza eksponując wyrok TSUE w sprawie *Test Achats*<sup>16</sup>, w którym uznano, że przepis dyrektywy zezwalający bez ograniczeń czasowych 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 płci (art. 23, str. 124). W tym bardzo ciekawym merytorycznie rozdziale zabrakło nieco własnego stanowiska Doktoranta odnośnie do tego, jaki powinien być jego zdaniem prawidłowy zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji. Daje się wyczuć dość krytyczne podejście do przedstawionych wyjątków, jednak jednoznacznej oceny.

Rozdział czwarty (str. 129-160) dotyczy relacji między zakazem dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług a prawami podstawowymi usługodawców. Autor zidentyfikował cztery prawa i wolności,

---

<sup>16</sup> Wyrok TSUE z dnia 1 marca 2011 r. w sprawie C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL i inni przeciwko Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2011:100.



które mogą w szczególny sposób wchodzić w relację konfliktu z prawem usługobiorców do równego traktowania, a mianowicie: 1) wolność prowadzenia działalności gospodarczej (art. 16 KPP), 2) prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 7 KPP), 3) wolność myśli, sumienia i religii (art. 10) oraz 4) wolność wypowiedzi (art. 11 KPP). Dla wolności prowadzenia działalności gospodarczej najistotniejszym elementem, jak słusznie podkreśla Autor, jest swoboda zawierania umów i związana z nią wolność doboru partnerów handlowych (str. 131). Jedynie dyrektywa 2004/113 w art. 3 ust. 2 określa, że jednostka ma swobodę do wyboru partnera umownego, o ile wybór ten nie jest oparty na płci tej osoby. Nie wyklucza to subiektywnego wyważenia różnych okoliczności towarzyszących kształtowaniu stosunku prawnego i podjęcia na tej podstawie decyzji (str. 131). Jednak krytycy często podnoszą, iż zasady niedyskryminacji i swobody umów są antonimami, gdyż są ze sobą niemożliwe do pogodzenia. Można jednak też patrzeć na to odwrotnie, iż zasada dyskryminacji przywraca swobodę umów przez przywrócenie równości szans, będąc w ten sposób jednym z narzędzi zapewniających realizację swobody kontraktowej (str. 132). Autor wskazuje na trzy czynniki, które by przemawiały za tą drugą interpretacją. Po pierwsze, zasady ustanowione przez dyrektywy stały się elementem europejskiego prawa kontraktowego, zatem zasada niedyskryminacji nie jest zasadą zewnętrzną wobec zasad prawa prywatnego, ale stała się jedną z nich. Po drugie, zasada niedyskryminacji służy rzeczywistej realizacji swobody kontraktowej, przez wyeliminowanie czynników irrelevantnych. Po trzecie, w razie wątpliwości co do relacji zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej i zasady niedyskryminacji konieczne jest przyjęcie interpretacji gwarantującej zachowanie równowagi między tymi wartościami (str. 135-136). Drugą ze wskazanych wolności jest poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego, co, jak wskazuje Autor, ze względu na jej fundamentalną rolę wymaga ochrony wykraczającej poza obszar prywatnych relacji rodzinnych i nabiera społecznego znaczenia (str. 136). Odwołanie do ochrony życia prywatnego pojawia się w preambułach obu dyrektyw. Autor nie widzi jednak, jak się wydaje, pola dla prawdziwego konfliktu między ochroną życia prywatnego a zakazem dyskryminacji, wspominając jedynie kontekst zatrudniania pomocy domowych (nie jest jasne jak miałyby to szkodzić ochronie domu, gdy na ogół stanowi dobrowolną decyzję jej mieszkańca) oraz ewentualnie specjalnego statusu wolnych zawodów, w których niekoniecznie łatwe będzie ścisłe oddzielenie działalności gospodarczej czy zawodowej i życia prywatnego. Zdaniem Autora, prawo określone w art. 7 KPP służy zatem jedynie dookreśleniu zakresu przedmiotowego dyrektyw 2000/43 i 2004/13 (str. 138). Kolejną wolnością analizowaną przez Autora jest wolność myśli, sumienia i religii. Art. 10 ust. 2 KPP przyznaje prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem wyłącznie w zakresie uregulowanym w ustawodawstwie krajowym państw członkowskich, co przekłada się na względny charakter gwarancji wolności sumienia – by korzystać ze sprzeciwu sumienia konieczne jest istnienie wyraźnej podstawy prawnej w prawie krajowym (str. 141). Żadna z dwóch dyrektyw nie dostarcza podstaw do sprzeciwu sumienia w odniesieniu do

świadczenia usług. Pojawia się zatem pytanie, czy można skorzystać z prawa do manifestowania swoich poglądów, by uzasadnić odmowę świadczenia lub dostarczania towarów lub usług (str. 143) i jaka jest relacja takiej odmowy do zakazu dyskryminacji. Przede wszystkim Autor stawia pytanie, czy odmowa taka może być postrzegana jako manifestacja swoich poglądów na gruncie art. 10 KPP. Zdaniem Autora, z przywołaniem orzecznictwa sądów krajowych i ETPCz, pojęcie manifestacji należy interpretować szeroko, tak że odmowa świadczenia usług sprzecznymi z nakazami lub normami wynikającymi z przekonań religijnych czy moralnych może być uznana za formę praktykowania (str. 147). Autor zakłada w związku z tym, że w określonych wypadkach przekonania, zwłaszcza przekonania religijne, mogą zgodnie z prawem UE stanowić uzasadnienie odmowy świadczenia usług lub dostarczania towarów (str. 151). Muszą to być jednak przekonania zdaniem Autora zasługujące na ochronę, czyli charakteryzujące się pewnym stopniem spójności, powagi i istotności oraz takie, które nie są sprzeczne z pojęciem godności ludzkiej, a zatem takie, które nie mogą same w sobie wprowadzać nierównego traktowania innych jednostek. Odmowa musi być blisko związana z uzewnętrznianiem religii lub przekonań, co wyklucza prywatne i subiektywne interpretacje wymagań np. o charakterze religijnym. Wreszcie, granicę ochrony wyznacza zakaz zmuszania jednostki do działania w sposób sprzeczny z jej przekonaniem i nie może prowadzić do zniwelowania praw i jednostek innych osób (str. 151). Wreszcie, Autor analizuje wolność wypowiedzi, która obejmuje wolność do wszelkiego rodzaju wypowiedzi służących wyrażaniu opinii, idei lub informacji, w tym określone działania, takie jak protest (str. 152). Od czasu sprawy *Handyside p. Wielkiej Brytanii* ETPCz uznaje, że omawiana wolność obejmuje też wypowiedzi obraźliwe czy szokujące, jednak nie o charakterze rasistowskim czy w inny sposób nawołujące do nienawiści. Zdaniem Autora, wolność wypowiedzi i zakaz dyskryminacji mogą zatem pozostawać w konflikcie, ponieważ korzystanie z wolności wypowiedzi może prowadzić do naruszenia prawa do równego traktowania innych jednostek. Autor przywołuje orzeczenie C-54/07 *Feryn*<sup>17</sup>, dotyczące zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu, by zilustrować, iż problem mowy dyskryminującej może zaistnieć w wypowiedziach usługodawców, dyskryminując potencjalnych usługobiorców, ale zwłaszcza wówczas, gdy przyjmuje postać odmowy świadczenia usługi (str. 155). Zdaniem Autora wypowiedzi noszące znamiona mowy dyskryminującej (skutkującej różnym traktowaniem w dostępie do dóbr i usług), nie korzystają z ochrony jako przejaw korzystania ze swobody wypowiedzi jeśli nie zawierają komponentu zajęcia stanowiska w sprawach istotnych dla debaty publicznej (str. 157). W podsumowaniu tego bardzo interesującego rozdziału Autor stwierdza, że dla usługodawców prawa i wolności podstawowe mogą służyć do zwolnienia z odpowiedzialności za naruszenie zakazu dyskryminacji. Dla usługobiorców uzasadnienie jest odwrotne – ich prawa i wolności mogą służyć wzmocnieniu argumentacji na rzecz

---

<sup>17</sup> Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding przeciwko Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397.

przyznania im większej ochrony w sytuacji konfliktu, jeśli okaże się, że działanie usługodawcy narusza też inne prawa pozostające w zbiegu z prawem do równego traktowania (str. 161). Doktorant przyznaje, iż *de facto* rozstrzygnięcie o takich konfliktach pozostaje oparte na kazuistyce.

Rozdział piąty (str. 161-190) dotyczy zakazu dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług w relacji do praw podstawowych usługobiorców. Autor zajmuje się w tym rozdziale po kolei – poszanowaniem godności (art. 1 KPP), poszanowaniem życia rodzinnego i prywatnego (art. 7 KPP), ochroną danych osobowych (art. 8 KPP), wolnością myśli, sumienia i religii (art. 10 KPP), zagadnieniem niepełnosprawności. W odniesieniu do godności Autor zwraca uwagę, że dyrektywy obejmujące swoim zakresem przedmiotowym zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług nie odwołują się do godności jako uzasadnienia przyjęcia poszczególnych środków ochrony, a jedynie pojawia się ona jako element definicyjny molestowania i molestowania seksualnego, czyli działań, których celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby (str. 164). Godność ma wymiar wewnętrzny (poczucie godności związane z tożsamością) oraz zewnętrzny (poszanowanie przez innych), co przekłada się na to, że naruszenie zakazu dyskryminacji jako przejaw nierespektowania czyjejs tożsamości narusza jego godność (str. 164). Z kolei prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego służy dookreśleniu zakresu zakazu nierównego traktowania przez wyłączenie z niego dóbr i usług związanych ze sferą życia prywatnego (str. 166). Należy zgodzić się z Autorem, że gorsze traktowanie w dostępie do dóbr i usług z uwagi na status rodzinny, związany z cechami chronionymi takimi jak pochodzenie etniczne bądź rasowe, orientacja seksualna lub wyznanie może stanowić naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (str. 166). W odniesieniu do ochrony danych osobowych Autor kładzie przede wszystkim nacisk na mechanizm profilowania usługobiorców, który może prowadzić do dyskryminacji ze względu na dające się zidentyfikować kryteria (np. ze względu na pochodzenie etniczne, rasowe, stan zdrowia, przynależność do określonych stowarzyszeń, orientację seksualną, itp.) W odniesieniu do wolności sumienia i wyznania Autor uznaje, że usługobiorcom nie przysługuje negatywna wolność religijna, z tego względu nie ma podstaw do badania tego wątku z art. 10 KPP w związku z prawem usługobiorców do równego traktowania. Najciekawszym i najbardziej przekonującym fragmentem rozdziału piątego jest część dotycząca prawa do równego dostępu do dóbr i usług dla osób z niepełnosprawnościami, w której Autor podnosi wprawdzie, że kryterium niepełnosprawności jest wyłączone z zakresu podmiotowego unijnych przepisów dyskryminacyjnych, ale wskazuje, że unijne przepisy antydyskryminacyjne powinny być interpretowane w świetle Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, ratyfikowanej przez UE i wszystkie jej państwa członkowskie. Wskazuje też, że jeżeli przyjąć by, tak jak jest to sugerowane w rozdziale drugim, że zakaz dyskryminacji z art. 21 KPP stanowi prawo podstawowe wywołujące bezpośredni skutek horyzontalny, to trzeba się zastanowić czy nie rozciąga

się on na prawo do dostępu do dóbr i usług. Pojęcie niepełnosprawności definiowane jest jedynie przez orzecznictwo TS, obejmując definicję medyczną (wąską, w sprawie C-13/05 S Charon Navas<sup>18</sup>) oraz społeczną (jako cechę utrudniającą trwale pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu zawodowym, C-335/11 i C-337/11 HK Danmark<sup>19</sup>, str. 181-182). Autor przyjmuje jednak pesymistyczną konkluzję, iż kryterium niepełnosprawności stanowi co prawda element prawa do równego traktowania, ale nie rodzi po stronie usługodawców żadnego konkretnego obowiązku, nie może stanowić podstawy żądania jakiegokolwiek działania czy dochodzenia roszczeń w razie sporu (str. 188). Nie znajduje tym samym potwierdzenia teza z rozdziału drugiego pracy, o istnieniu bezpośredniego skutku przepisów Karty.

Autor konkluduje pracę stwierdzając, że prawo Unii Europejskiej nie dostarcza jednoznacznej metodologii pozwalającej na rozwiązanie sytuacji spornych między prawami podstawowymi usługodawców i usługobiorców. Nie istnieje podstawa dla przyjęcia jakiejś metodologii właściwej prawu Unii Europejskiej, choć pewne wskazówki można wysnuć z orzecznictwa TSUE dotyczącego sytuacji spornych między prawami podstawowymi a swobodami rynku wewnętrznego (str. 204). Takie zakończenie pracy może u czytelnika budzić pewien niedosyt, wskazane byłoby by Doktorant – nie identyfikując metodologii, po przeanalizowaniu wskazanych wątków spróbował zająć stanowisko odnośnie do tego, jaką metodologię uznawałby wobec tego za najbardziej wskazaną dla zakładanego przez pracę skutku w postaci unikania, w miarę możliwości, dyskryminacji w dostępie do towarów lub usług.

Na koniec należy odnieść się do formalnej strony ocenianej rozprawy doktorskiej. Praca Pana Magistra Macieja Kułaka jest napisana starannie, choć Autor nie ustrzegł się pewnych drobnych potknięć. W pracy brak jest wykazu skrótów. Autor nie wyjaśnia dlaczego w tak szerokim zakresie sięga do orzecznictwa sądów amerykańskich. Na stronie 70 pojawia się niedokończone zdanie: „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 porównywalnych wartości jest bardziej lub mniej”... Na stronie 152 pojawia się błędna informacja odnośnie do orzeczenia *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii* – jest to orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a nie, jak podaje Autor, TSUE.

---

<sup>18</sup> Wyrok TSUE z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-13/05 *Sonia Chacón Navas przeciwko Eurest Colectividades SA*, ECLI:EU:C:2006:456.

<sup>19</sup> Wyrok TSUE z dnia 11 kwietnia 2013 r. w sprawach połączonych C-335/11 i C-337/11 *HK Danmark, działający w imieniu Jette Ring przeciwko Dansk almennyttigt Boligselskab i HK Danmark, działający w imieniu Lone Skouboe Werge przeciwko Dansk Arbejdsgiverforening działającemu w imieniu Pro Display A/S*, ECLI:EU:C:2013:222.

Jako uwaga ogólna nasuwa się stwierdzenie, iż Autor mógłby niekiedy spróbować korzystać z nieco krótszych zdań.

#### **IV. Konkluzje końcowe recenzji**

Praca Pana Magistra Macieja Kułaka dotyczy istotnego i ambitnego zagadnienia. Autorowi udało się w syntetyczny sposób przedstawić zagadnienia związane z dyskryminacją przy dostępie do towarów i usług w zestawieniu z prawami podstawowymi usługodawców i usługobiorców. Autor przedstawił poglądy doktryny oraz stanowiska wyrażane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, próbując ustalić czy istnieje jednolita metodologia w rozstrzyganiu takiego rodzaju konfliktu praw i wartości. Rozprawę doktorską Pana Magistra Maciej Kułaka należy ocenić pozytywnie jako pracę oryginalną i wartościową pod względem naukowym. Doktorant zmierzył się pomyślnie z bardzo złożonym tematem, wykazując się dobrym warszatem i dyscypliną w konstruowaniu poszczególnych rozdziałów. Rozprawa wykazuje dobrą orientację Doktoranta w dziedzinie europejskich standardów ochrony praw podstawowych oraz europejskiego prawa antidyskryminacyjnego. Praca potwierdza umiejętność Doktoranta do prowadzenia samodzielnych rozważań teoretycznych.

Przedłożona do recenzji rozprawa doktorska stanowi oryginalne rozwiązanie określonego w niej problemu naukowego i spełnia wymagania określone w art. 186 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2018 r., poz. 1668). Z całym przekonaniem stwierdzam, że może ona stanowić podstawę do dalszych czynności w przewodzie doktorskim oraz do nadania Panu Magistrowi Maciejowi Kułakowi stopnia doktora nauk prawnych.

  
Krystyna Kowalik-Bańczyk