

Processo C-356/21

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

7 de junho de 2021

Designação do tribunal nacional:

Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Tribunal de Primeira Instância de Varsóvia Capital, Varsóvia, Polónia)

Data da decisão de reenvio:

16 de março de 2021

Demandante:

J.K.

Demandada:

TP S.A.

[*Omissis*]

Varsóvia, 16 de março de 2021

Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Tribunal de Primeira Instância de Varsóvia Capital, Varsóvia, Polónia)

[*Omissis*]

[*Omissis*]

PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL

Em conformidade com o Despacho proferido em 16 de março de 2021, o Sąd Rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy (Tribunal de Primeira Instância de Varsóvia Capital) pede, ao abrigo do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, uma resposta à seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) e c), da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (JO 2000, L 303, p. 16), ser

interpretado no sentido de que permite excluir do âmbito de aplicação da Diretiva 2000/78/CE do Conselho e, conseqüentemente, excluir igualmente da aplicação das sanções estabelecidas no direito nacional com base no artigo 17.º da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, a liberdade de escolha de uma parte num contrato, desde que não se baseie no sexo, na raça, na origem étnica ou na nacionalidade, numa situação em que a discriminação se manifesta pela recusa em celebrar um contrato de direito civil nos termos do qual uma pessoa singular que exerce uma atividade profissional independente deve prestar um trabalho, e essa recusa se baseia na orientação sexual do potencial contratante [?]

[*Omissis*]

Fundamentação [*omissis*]

A. PARTES E RESPETIVOS REPRESENTANTES

Demandante: J.K.

[*Omissis*]

Demandada: TP S.A.

[*Omissis*]

B. DISPOSIÇÕES PERTINENTE DA UNIÃO EUROPEIA

Tratado da União Europeia [*omissis*]

Artigo 2.º A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (JO UE L [*omissis*] 303, p. 16) – a seguir «Diretiva 2000/78/CE»

Artigo 1.º A presente diretiva tem por objeto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento.

Artigo 3.º

1. Dentro dos limites das competências atribuídas à Comunidade, a presente diretiva é aplicável a todas as pessoas, tanto no setor público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito:

- a) Às condições de acesso ao emprego, ao trabalho independente ou à atividade profissional, incluindo os critérios de seleção e as condições de contratação, seja qual for o ramo de atividade e a todos os níveis da hierarquia profissional, incluindo em matéria de promoção;
- b) Ao acesso a todos os tipos e a todos os níveis de orientação profissional, formação profissional, formação profissional avançada e reconversão profissional, incluindo a aquisição de experiência prática;
- c) Às condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração;
- d) À filiação ou envolvimento numa organização de trabalhadores ou patronal, ou em qualquer organização cujos membros exerçam uma profissão específica, incluindo as regalias concedidas por essas organizações.

Artigo 17.º Os Estados-Membros determinam o regime de sanções aplicável às violações das disposições nacionais aprovadas em execução da presente diretiva, e adotam as medidas necessárias para assegurar a aplicação dessas disposições. As sanções, em que se pode incluir o pagamento de indemnizações à vítima, devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas. Os Estados-Membros notificam a Comissão de tais disposições o mais tardar em 2 de dezembro de 2003, e notificá-la-ão o mais rapidamente possível de qualquer posterior alteração às mesmas.

C. DISPOSIÇÕES PERTINENTES DO DIREITO NACIONAL

Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów prawa Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z dnia 3 grudnia 2010 roku (Lei de transposição de certas disposições do direito da União Europeia em matéria de igualdade de tratamento, de 3 de dezembro de 2010; Dziennik Ustaw de 2020, posição 2156 – texto consolidado) – a seguir «Lei da Igualdade de Tratamento»

Artigo 2.º, n.º 1 A presente lei aplica-se às pessoas singulares, bem como às pessoas coletivas e aos organismos que não sejam pessoas coletivas aos quais a lei reconhece capacidade jurídica.

Artigo 4.º, ponto 2 A presente lei aplica-se:

[...]

2) às condições de acesso e de exercício de uma atividade económica ou profissional, nomeadamente no âmbito de uma relação de trabalho ou de um trabalho ao abrigo de um contrato de direito civil;

[...].

Artigo 5.º A presente lei não se aplica:

[...]

3) à liberdade de escolha de uma das partes num contrato, desde que não se baseie no sexo, raça, origem étnica ou nacionalidade;

[...].

Artigo 8.º, n.º 1, ponto 2

1. É proibida a discriminação das pessoas singulares em razão do sexo, raça, origem étnica, nacionalidade, religião, crença, convicções, deficiência, idade ou orientação sexual, no que diz respeito:

[...]

2) às condições de acesso e exercício de uma atividade económica ou profissional, nomeadamente no âmbito de uma relação de trabalho ou de um trabalho ao abrigo de um contrato de direito civil;

[...].

Artigo 13.º

1. Qualquer pessoa que tenha sido vítima de uma violação princípio da igualdade de tratamento tem direito a uma indemnização.

2. Em caso de violação do princípio da igualdade de tratamento, são aplicáveis as disposições da ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Lei de 23 de abril de 1964 que institui o Código Civil) [*omissis*].

D. OBJETO DO LITÍGIO NO PROCESSO PRINCIPAL

No caso em apreço, o demandante pede a condenação da demandada no pagamento de uma quantia de 47 924,92 zlotys polacos (PLN), acrescida de juros legais de mora a contar da data da instauração da ação até à data do pagamento, constituída por um montante de 35 943,69 PLN a título de indemnização e um montante de 11 981,23 PLN a título do dano moral sofrido pela violação do princípio da igualdade de tratamento em razão da orientação sexual, sob a forma de discriminação direta no que respeita às condições de acesso a e de exercício de uma atividade profissional, incluindo, em especial, no âmbito de um contrato de

direito civil. O demandante baseia a sua ação na alegação de que a demandada cometeu uma discriminação direta em razão da orientação sexual do demandante, ao cancelar os períodos de serviço do demandante previstos para dezembro de 2017, pelos quais devia dar cumprimento a um contrato de prestação de serviços mensal celebrado em 20 de novembro de 2017, e ao não celebrar outro contrato com o demandante pondo, assim, termo à sua colaboração. Como motivo provável do cancelamento dos períodos de serviço e do fim da colaboração pela demandada, o demandante indicou uma publicação no portal do YouTube, feita por si e pelo seu companheiro, de uma canção natalícia chamada «*Pokochaj nas w Świąta*» (*Amem-nos nesta Quadra festiva*), no âmbito do projeto «J. & D.», que pretendia mostrar que os casais do mesmo sexo que vivem na Polónia em nada se distinguem dos casais de sexos diferentes.

A demandada pediu que a ação fosse julgada improcedente, com o fundamento de que não tinha violado o princípio da igualdade de tratamento. Alegou que nem ela nem a lei garantiam ao demandante a renovação do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes. Precisou que, em dezembro de 2017, tinha havido uma reorganização na sociedade demandada, no âmbito da qual as funções de operador de programas, das quais o demandante estava encarregado, foram transferidas para a recém-criada Agência de Criação Publicidade e Operação. A decisão de pôr termo à colaboração com o demandante foi tomada pela pessoa responsável pela reorganização. Além disso, a demandada indicou que a orientação sexual do demandante era amplamente conhecida.

As partes discordam quanto aos motivos que levaram a demandada a pôr termo à colaboração com o demandante e quanto à questão de saber se esse motivo constituiu uma discriminação direta baseada na orientação sexual do demandante.

E. MATÉRIA DE FACTO

[*Omissis*]

O demandante é uma pessoa homossexual. Desenvolve, com o seu companheiro, uma atividade a favor da comunidade LGBT com o objetivo de promover a tolerância para com os casais homossexuais que vivem na Polónia. No âmbito dessa atividade, o demandante e o seu companheiro gerem um canal no YouTube inserido na ação «J. & D.», no qual publicam conteúdos que promovem a tolerância para com os casais homossexuais. Em 4 de dezembro de 2017, o demandante e o seu parceiro publicaram, nesse canal no YouTube, um vídeo com a canção natalícia «*Pokochaj nas w Świąta*» (*Amem-nos nesta quadra festiva*), que representava uma celebração da quadra natalícia por casais de pessoas homossexuais. O demandante iniciou a sua atividade *online* de promoção da tolerância em 2016, quando ele e o seu companheiro publicaram um vídeo com um êxito da banda Roxette, tendo mais tarde publicado um relato da sua participação na Gay Gala em Estocolmo, a convite da banda Roxette. Na sequência do casamento do demandante e do seu companheiro, que teve lugar em

Portugal em junho de 2017, foram ambos convidados para o programa «Dzień Dobry TVN» (Bom dia TVN), difundido pela TVN, que é um canal de televisão nacional. Os trabalhadores e colaboradores da redação em que o demandante exercia a sua atividade profissional na estrutura organizacional da demandada tinham conhecimento da orientação sexual do demandante.

A demandada explora uma estação de televisão pública nacional e emprega mais de 2 000 trabalhadores. O demandante, sendo um colaborador de nível médio da estrutura da demandada, não tinha contacto direto com os dirigentes da sociedade demandada.

Entre 2010 e 2017, a cooperação entre o demandante e a demandada decorreu com base em contratos de prestação de serviços sucessivos de curta duração celebrados regularmente. O demandante efetuava a essa colaboração no âmbito do exercício da sua atividade profissional independente. A colaboração incluía a preparação, pelo demandante, de materiais, como a edição e montagem de programas, *trailers* e editoriais, que posteriormente eram utilizados em materiais de autopromoção da demandada. O demandante exercia as suas funções na unidade organizativa interna da demandada (Redação de Operação e Promoção do Programa 1), cujo diretor era W.S. No âmbito dos contratos de prestação de serviços, o demandante efetuava períodos de serviço semanais durante os quais preparava o conteúdo para programas de autopromoção da demandada. W.S., que era o superior direto do demandante, atribuía períodos de serviço ao demandante e a uma outra jornalista que exercia as mesmas atividades de forma que cada um deles realizasse, por mês, dois períodos de serviço de uma semana.

A partir de agosto de 2017, estava prevista uma reorganização das estruturas internas da demandada, nomeadamente, com a criação de uma nova unidade, a Agência de Criação, Publicidade e Operação). Esta nova unidade devia constituir uma agência combinada para todos os programas televisivos da demandada, substituindo as redações que existiam até ao momento para cada programa. A demandada designou dois novos empregados, I.Ś. e P.K., para levar a cabo a reorganização e avaliar os colaboradores que seriam afetados à nova agência.

No final de outubro ou início de novembro de 2017, P.K. organizou uma reunião com a Redação de Operação e Promoção do Programa 1), durante a qual indicou quem tinha superado a avaliação dos colaboradores conduzida no âmbito da reorganização planeada, referindo entre essas pessoas o demandante.

O último contrato de prestação de serviços, por um período de um mês, foi celebrado pelas partes em 20 de novembro de 2017. Em 29 de novembro de 2017, o demandante obteve do superior hierárquico direto o calendário de trabalho para o mês de dezembro de 2017 que previa duas semanas de serviço para o demandante com início, respetivamente, em 7 e 21 de dezembro de 2017.

Em 4 de dezembro 2017, o demandante juntamente com o seu companheiro publicaram o videoclipe da canção «*Pokochaj nas w Święta*» (*Amem-nos nesta Quadra festiva*).

Em 5 ou 6 de dezembro de 2017, teve lugar uma reunião relativa à preparação do conteúdo para as festas de Natal a emitir nos programas televisivos da demandada, na qual participaram o superior hierárquico direto do demandante, W.S., I.Ś., P.K., L.R. e o diretor da Redação de Operação e Promoção do Programa 2. Durante a reunião, foi perguntado se estava prevista a preparação de um filme de Natal à qual I.Ś. e P.K. responderam que J. (do Programa 1) já tinha o seu filme e os seus pais natais.

Após esta reunião, I.Ś. e P.K. pediram ao superior direto do demandante, W.S., que os informasse sobre as datas dos períodos de serviço do demandante e, em seguida, deram instruções para que o demandante fosse suspenso das suas funções e o seu período de serviço atribuído a outra pessoa.

Em 6 de dezembro de 2017, o demandante recebeu um *e-mail* do seu superior hierárquico direto informando-o do cancelamento do seu período de serviço que devia começar em 7 de dezembro de 2017, o qual seria assegurado por outro jornalista.

Em 20 de dezembro de 2017, o demandante perguntou ao seu superior hierárquico direto, W.S., se devia apresentar-se em 21 de dezembro de 2017 para realizar o período de serviço planeado. Em resposta, recebeu informação de que P.K. não tencionava colaborar mais com o demandante.

Consequentemente, o demandante não efetuou nenhum serviço em dezembro de 2017 e não foi celebrado com ele nenhum contrato de prestação de serviços para o período seguinte. Assim terminou a colaboração entre as partes no processo.

A demandada não fez nenhum reparo à qualidade dos materiais preparados pelo demandante.

Para o lugar do demandante foi contratado K.K., que não tem qualificações nem experiência para desempenhar as funções até então exercidas pelo demandante.

A atividade da Agência de Criação, Publicidade e Operação teve formalmente início em 1 de janeiro de 2018.

F. FUNDAMENTOS DA QUESTÃO PREJUDICIAL

O órgão jurisdicional de reenvio submete a questão prejudicial *supra* porque, no decurso da apreciação do processo, teve dúvidas quanto à admissibilidade da exclusão da aplicação da proteção prevista pela Diretiva 2000/78 à liberdade de escolha da parte contratante, desde que não se baseie no sexo, na origem étnica ou na nacionalidade, numa situação em que a discriminação baseada na orientação

sexual diz respeito à escolha de uma pessoa singular que é parte num contrato de direito civil e que efetua um trabalho independente no âmbito da sua atividade profissional.

O âmbito de aplicação da Diretiva 2000/78/CE foi definido com precisão no seu artigo 3.º No caso em apreço, é relevante o disposto no artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) e c), que garantem a aplicação da proteção contra a discriminação no que diz respeito às condições de acesso ao emprego, ao trabalho independente ou à atividade profissional, incluindo os critérios de seleção e as condições de contratação, bem como às condições de emprego e de trabalho. A Diretiva 2000/78 não contém uma definição do conceito de trabalho independente e não especifica o âmbito em que esse trabalho independente deve ser abrangido pela proteção prevista pela diretiva, ou seja, se essa proteção pode ser excluída protegendo o direito do cocontratante da pessoa que tenha sido discriminada com base nas características discriminatórias referidas no artigo 1.º da diretiva de escolher a parte contratante com a qual pretende cooperar no âmbito da sua atividade económica.

O órgão jurisdicional de reenvio colocou as referidas dúvidas no presente processo à luz das disposições do direito nacional que transpõem a Diretiva 2000/78/CE, o artigo 5.º, n.º 3, da Lei da Igualdade de Tratamento, que excluiu do âmbito de aplicação da proteção prevista nessa lei a situação da liberdade de escolha da parte contratante, desde que não se baseie no sexo, origem étnica e nacionalidade. Tal disposição implicaria que pode haver discriminação com base no critério da orientação sexual, quando a discriminação se manifeste na liberdade de escolha da parte contratante. Esta questão tem incidência direta na resolução do presente processo, uma vez que a demandada, no âmbito da liberdade de escolha da parte no contrato, decidiu não celebrar um novo contrato de prestação de serviços com o demandante, que exerce uma atividade profissional por conta própria. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o exercício pelo demandante da sua atividade profissional por conta própria deve ser qualificado de exercício de trabalho independente na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2000/78/CE. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio considera que o objetivo do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2000/78/CE é garantir a proteção contra a discriminação em razão da orientação sexual, também neste caso, porque a não celebração de um contrato com uma pessoa que desenvolve uma atividade profissional, unicamente em razão da orientação sexual, afigura-se uma manifestação de uma restrição das condições de acesso ao trabalho independente.

À luz do conteúdo do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a interpretação do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2000/78/CE, em apreço, é da competência exclusiva do Tribunal de Justiça da União Europeia, pelo que o presente pedido de decisão prejudicial é justificado.

[*Omissis*]