



Problematyczne zagadnienia w stosowaniu prawa antydiskryminacyjnego w Polsce

autorzy:

*r.pr. Karolina Kędziora
Krzysztof Śmiszek*

Wstęp

Przepisy ustawowe zakazujące dyskryminacji w szczególności z takich powodów jak płeć, wiek, niepełnosprawność, orientacja seksualna, religia lub wyznanie, rasa i pochodzenie etniczne funkcjonują w polskim systemie prawa już od dłuższego czasu¹. Zatem, można byłoby oczekiwać, że praktyka stosowania tych przepisów, które już dawno utraciły charakter prawnego *novum*, nie będzie przysparzać sądom większych problemów. Oczekiwanie to jest tym bardziej uzasadnione, iż liczba postępowań sądowych, których przedmiotem są roszczenia antydyskryminacyjne jest coraz większa, a zatem, pojawiła się przestrzeń na ugruntowanie linii orzeczniczej i wypracowanie sądowego standardu ochrony przed nieobiektywnym nierównym traktowaniem. Czynnikiem, który sprzyja temu zjawisku jest także dorobek orzeczniczy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który coraz częściej wydaje wyroki w sprawach dotyczących zarzutu dyskryminacji i tym samym dostarcza kolejnych argumentów interpretacyjnych w kontekście zakresu zastosowania unijnych norm gwarantujących równe traktowanie bez względu na płeć, wiek, orientację seksualną, rasę i pochodzenie etniczne, niepełnosprawność, religię lub wyznanie.

¹ Ochrona przed nieobiektywnym, nierównym traktowaniem w stosunkach pracowniczych wprowadzona została do Kodeksu pracy m.in. poprzez następujące nowelizacje: ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 128 poz. 1405 z późn. zm.); ustawa z dnia 14 listopada 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 213, poz. 2081). Przepisy antydyskryminacyjne w stosunkach pozapracowniczych wprowadzone zostały głównie poprzez ustawę z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania ((Dz. U. Nr 254, poz. 1700 z późn. zm.).



W niniejszym opracowaniu analizie zostaną poddane wybrane orzeczenia polskich sądów powszechnych, w tym część takich, które choć oparte zostały na przepisach antydyskryminacyjnych, wykazują w opinii autorów niezgodność ze standardem ochrony gwarantowanym zarówno przez przepisy prawa unijnego jak i krajowego.

Deficyty te wskazane będą w odniesieniu do takich uregulowanych prawem antydyskryminacyjnym instytucji jak obowiązek racjonalnych usprawnień miejsca pracy dla osób z niepełnosprawnościami, zagadnienie przeniesienia ciężaru dowodu w postępowaniach antydyskryminacyjnych, oraz dowodów mających za zadanie uprawdopodobnienie zaistnienia dyskryminacji, znaczenie cech objętych ochroną prawną, również odnośnie obowiązku jednakowego wynagradzania, a także kwestie odszkodowawcze.

I. Racjonalne usprawnienia miejsca pracy dla osób z niepełnosprawnością w świetle wyjątku rzeczywistych i decydujących wymagań zawodowych oraz klauzuli bezpieczeństwa publicznego. Prawdliwość stosowania przepisów regulujących instytucję racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych rzadko staje się przedmiotem orzeczeń polskich sądów. Za judykat, który stał się powodem do dyskusji o granicach obowiązku wprowadzania takich usprawnień, jak i prawidłowości zastosowania klauzul wyłączających tę konieczność, uznać należy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2012 r.² dotyczący skargi kasacyjnej wniesionej przez asesora prokuratorską, z którą rozwiązano stosunek pracy bez wypowiedzenia z uwagi na jej nieobecność z powodu choroby trwającej dłużej niż rok (jako podstawę prawną zastosowano przepis art. 14 ust. 3 ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych³ w związku z art. 118 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze⁴), jak również z powodu jej niezdolności do pracy. Skarżąca, w czasie wykonywania funkcji asesora prokuratorskiej, uległa wypadkowi komunikacyjnemu, co w efekcie spowodowało konieczność używania przez nią wózka inwalidzkiego. Z uwagi na konieczność poddawania się rehabilitacji, skarżąca złożyła w organie rentowym wnioski

² II PK 218/11, LEX nr 1224680.

³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 269 z późn. zm.

⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599 z późn. zm.



o przyznanie prawa do renty z tytułu niezdolności do pracy. W tym samym czasie zwróciła się do Prokuratora Okręgowego o dopuszczenie do pełnienia czynności prokuratorskich, przekonując, że jej aktualny stan zdrowia pozwala zarówno na prowadzenie, jak i nadzorowanie postępowań przygotowawczych oraz wykonywanie czynności oskarżyciela publicznego przed sądem. Do wniosku załączyła także zaświadczenie lekarskie stwierdzające jej zdolność do pracy na stanowisku prokuratora oraz w innych zawodach prawniczych. W następstwie złożonego przez skarżącą wniosku, Prokurator Okręgowy kierował kolejne wnioski do instytucji medycznych z prośbą o dokonanie ponownych badań i wydanie opinii lekarskiej na temat spełniania przez skarżącą wszystkich wymogów zdrowotnych, które są niezbędne do prawidłowego wypełniania ustawowych zadań przypisanych asesorowi prokuratorskiemu. Wnioskodawca w swoim stanowisku podkreślał m.in. brak dostosowania budynku, w którym znajduje się Prokuratura Rejonowa do potrzeb osób niepełnosprawnych. Lekarz – orzecznik Zakładu Ubezpieczeń Społecznych – orzekł o całkowitej niezdolności skarżącej do pracy i niezdolności do samodzielnej egzystencji, a orzeczenie to stanowiło podstawę przyznania powódce prawa do renty z tytułu niezdolności do pracy. W następstwie wydanego orzeczenia, Prokurator Okręgowy zwrócił się do Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego o zwolnienie skarżącej ze stanowiska asesora Prokuratury Rejonowej, uzasadniając wniosek obrażeniami doznanymi przez nią w wypadku komunikacyjnym oraz na ustalone prawo pracownika do renty z tytułu niezdolności do pracy, wskazując, że z posiadanych dokumentów wynika, iż skarżąca nie posiada zdolności do samodzielnej egzystencji, wymaga pomocy i opieki osób innych przy wykonywaniu czynności dnia codziennego i jest całkowicie niezdolna do pracy. W następstwie złożonego wniosku Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny złożył skarżącej oświadczenie o zwolnieniu bez zachowania okresu wypowiedzenia ze stanowiska asesora Prokuratury Rejonowej wobec nieobecności w pracy z powodu choroby trwającej dłużej niż rok oraz niezdolności do pracy na stanowisku asesora, stwierdzonej orzeczeniem lekarskim. Skarżąca wniosła powództwo z roszczeniem o przywrócenie do pracy oraz odszkodowanie za doznaną dyskryminację z powodu niepełnosprawności. Zarówno sąd I instancji, jak i sąd odwoławczy nie uwzględniły roszczeń skarżącej, powołując się m.in. na przepisy ustawy o pracownikach urzędów



państwowych, przewidujące uprawnienie pracodawcy do zwolnienia urzędnika mianowanego bez zachowania okresu wypowiedzenia w razie nieobecności z powodu choroby trwającej dłużej niż rok. Sądy także nie uwzględniły roszczenia odszkodowawczego za doznaną dyskryminację z powodu niepełnosprawności, powołując się na argument wymogu odpowiedniego stanu zdrowia jako istotnego i determinującego wymagania zawodowe na stanowisku asesora prokuratorskiego. Sąd Najwyższy w swoim wyroku uznał (w przeciwieństwie do oceny dokonanej przez sądy powszechne rozpatrujące sprawę), iż zwolnienie powódki z pracy wiązało się z jej niepełnosprawnością, a ta stanowi kryterium dyskryminujące wymienione w art. 18^{3a} § 1 kodeksu pracy. Sąd Najwyższy przychylił się do argumentacji, że niepełnosprawność skarżącej, poruszającej się na wózku inwalidzkim, nie pozwala na wykonywanie przez nią wszystkich obowiązków nałożonych na prokuratora prokuratury rejonowej, w szczególności czynności realizowanych poza siedzibą prokuratury, jak oględziny miejsca przestępstwa, przeprowadzanie wizji lokalnych i eksperymentów procesowych, uczestniczenie w sekcjach zwłok, uczestnictwo w rozprawach w różnych sądach i na zatrudnianie jej w nienormowanym czasie pracy, który w przypadku prokuratora jest określony wymiarem zadań (art. 46 ustawy o prokuraturze). W uzasadnieniu do wyroku Sąd Najwyższy przypomniał, że zakaz dyskryminacji w polskim ustawodawstwie nie ma charakteru absolutnego, bowiem zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie naruszają działania proporcjonalne do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania sytuacji pracownika, polegające na niezatrudnianiu pracownika z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 kodeksu pracy, jeżeli rodzaj pracy lub warunki jej wykonywania powodują, że przyczyna lub przyczyny wymienione w tym przepisie są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym pracownikowi (art. 18^{3b} § 2 pkt 1 kodeksu pracy).

W tym kontekście powołany został także standard ochrony wyznaczony przez prawo unijne, dopuszczający wyjątek od zasady niedyskryminacji, jakim są istotne i determinujące wymagania zawodowe. Uznano zatem, że odpowiedni stan zdrowia prokuratora (w tym przypadku asesora) jest koniecznym wymogiem do prawidłowego wykonywania wszystkich funkcji określonych ustawowo. W ocenie Sądu



Najwyższego, niemożliwe jest podzielenie ich na istotne i mniej istotne, bowiem stanowią one integralną całość decydującą o powodzeniu postępowania nakierowanego na wykrycie sprawcy przestępstwa i doprowadzenie do jego osądzenia. Tak więc, wymaganie co do odpowiedniego stanu zdrowia ma doniosłe znaczenie z uwagi na to, że zapewnia prawidłową realizację zadań nałożonych na prokuraturę, a więc cel ustanowionego wymagania jest zgodny z prawem. Tak określone wymaganie zdrowotne nie wykracza też poza to, co jest niezbędne do realizacji tego celu. Wymagania zdrowotne są bowiem dostosowane do zakresu zadań spoczywających na urzędzie prokuratora, a więc w ocenie Sądu Najwyższego należało je uznać za proporcjonalne.

W swojej argumentacji Sąd Najwyższy przywołał także standard ochrony ustanowiony w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) w tym zakresie. Posłużono się analogią do wyroku *Wolf*⁵, w którym Trybunał ocenił, że zapewnienie zdolności operacyjnej i dobrego funkcjonowania służb pożarniczych stanowi cel zgodny z prawem w rozumieniu art. 4 ust. 1 dyrektywy 2000/78/WE, a szczególna zdolność fizyczna strażaków, odpowiednia do zadań nałożonych na służby pożarnicze (gaszenie pożarów, ratowanie ludzi) jest istotnym wymaganiem odnośnie do strażaka w technicznych służbach pożarowych średniego stopnia. Sąd Najwyższy powołał się także na uzasadnienie ww. wyroku, w którym Trybunał odwołał się między innymi do motywu 18 preambuły dyrektywy 2000/78, zgodnie z którym nie wymaga się „w szczególności od sił zbrojnych, policji, służb więziennych lub ratowniczych przyjmowania do pracy lub dalszego zatrudniania osób nieposiadających niezbędnych zdolności umożliwiających wykonywanie zadań, które mogą im zostać powierzone z uwzględnieniem wynikającego z prawa celu utrzymania zdolności operacyjnej tych służb”. Uznano zatem zostało, że przez użycie zwrotu „w szczególności” ma on formułę otwartą, pozwalającą na wnioskowanie, że dotyczy także innych służb wykonujących zadania publiczne związane z szeroko pojętym bezpieczeństwem. Sąd Najwyższy do takich służb zaliczył prokuraturę, uznając, że wszystkie czynności wchodzące w zakres zadań prokuratora rejonowego

⁵ Wyrok z dnia 12 stycznia 2010 r. w sprawie C-229/08, *Colin Wolf przeciwko Stadt Frankfurt am Main*, Zb. Orz. 2010, s. I-1.



mają istotne znaczenie. Tym samym, sąd wykluczył możliwość zastosowania instrumentu racjonalnych usprawnień celem dalszego zatrudniania niepełnosprawnej asesora. Zwolnienie z obowiązku wykonywania niektórych czynności (np. tych, które wiążą się z wysiłkiem fizycznym, czy też pracą poza siedzibą prokuratury) nie jest możliwe, gdyż świadczyłoby o tym, że dana osoba nie jest zdolna do wykonywania wszystkich najważniejszych czynności na stanowisku prokuratora (asesora). Sąd Najwyższy także odrzucił możliwość dostosowania czasu pracy i uznał, że nie może być ono uznane za racjonalne usprawnienie w zawodzie, w którego istotę wpisana jest pełna dyspozycyjność, związana z wykonywaniem zadań wymuszających nielimitowany czas pracy.

Omawiany wyrok Sądu Najwyższego jest pierwszym orzeczeniem tej rangi dotyczącym takich instytucji antydyskryminacyjnych, jak racjonalne usprawnienia miejsca pracy dla osób niepełnosprawnych oraz wyjątek istotnych determinujących wymagań zawodowych. Jednoznaczność optyki przyjętej przez Sąd Najwyższy wydaje się być kontrowersyjna i niepokojąca z kilku powodów. Po pierwsze, jednoznaczne opowiedzenie się po stronie konieczności posiadania odpowiedniego stanu zdrowia do poprawnego wykonywania funkcji prokuratora rejonowego (asesora) musi budzić wątpliwości. Ten czynnik właśnie Sąd Najwyższy uznał za przesądzający o całej sprawie i w konsekwencji znalazło to także odzwierciedlenie w ocenie innych kluczowych zagadnień w rozpatrywanym postępowaniu. W ocenie Sądu Najwyższego zabrakło jednak bardziej dogłębnej analizy celu, z powodu którego w dyrektywie 2000/78/WE (art. 5) i w konsekwencji zobowiązaniach implementacyjnych, także w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (art. 23a), znalazły się przepisy wprowadzające obowiązek dostosowania miejsca pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej. Celu tego należy szukać zarówno w preambule do dyrektywy 2000/78/WE, jak i w art. 1 tego aktu. Za cel podstawowy bowiem ustawodawca unijny uznał walkę z dyskryminacją we wszystkich jej postaciach, włącznie z potrzebą podjęcia właściwych działań na rzecz integracji społecznej i gospodarczej osób starszych i niepełnosprawnych (motyw 6 preambuły); upowszechnienie, że zatrudnienie i praca są podstawowymi elementami, mającymi zapewnić równe szanse dla wszystkich



i w szerokim zakresie przyczyniają się do pełnego uczestnictwa obywateli w życiu gospodarczym, kulturalnym i społecznym oraz do ich rozwoju (motyw 9 preambuły); czy też osiągnięcie wysokiego poziomu zatrudnienia i ochrony socjalnej, podnoszenie poziomu i jakości życia, spójności gospodarczej i społecznej, solidarności i swobodnego przepływu osób (motyw 11 preambuły). Wydaje się, że powołanie się przez Sąd Najwyższy jedynie na uwzględnienie w preambule do dyrektywy deklaracji, że nie nakłada ona „wymogu, aby osoba, która nie jest kompetentna ani zdolna bądź dyspozycyjna do wykonywania najważniejszych czynności na danym stanowisku lub kontynuacji danego kształcenia, była przyjmowana do pracy, awansowana lub dalej zatrudniana (...)” (motyw 17 preambuły) jest argumentacją niepokojąco zawężającą. Sąd nie odniósł się bowiem do innego, równoległego motywu, stanowiącego, że „przyjęcie środków uwzględniających potrzeby osób niepełnosprawnych w miejscu pracy jest najważniejszym czynnikiem w walce z dyskryminacją osób niepełnosprawnych” (motyw 16 preambuły). Przy wydawaniu orzeczenia zabrakło dogłębnej analizy, czy choćby kierunkowego wskazania, jakie pozytywne działania pracodawcy możliwe są do rozważenia odnośnie do wypełnienia zobowiązania wynikającego z przepisów prawa i osiągnięcia celu wyznaczonego przez europejski standard równości osób niepełnosprawnych na rynku pracy.

Po drugie, tak jednoznaczna, przyjęta przez Sąd Najwyższy interpretacja wyjątku istotnych i determinujących wymagań zawodowych musi budzić zastrzeżenia. Jak wskazano w rozdziale I niniejszej rozprawy, na mocy przepisów dyrektywy 2000/78/WE, państwa członkowskie mogą uznać, że odmienne traktowanie ze względu na cechy objęte ochroną w tych aktach prawnych nie stanowi dyskryminacji, jeżeli ze względu na rodzaj działalności zawodowej lub warunki jej wykonywania dane cechy są istotnym i determinującym wymogiem zawodowym, pod warunkiem, że cel jest prawnie uzasadniony, a wymóg proporcjonalny. Należy jednak pamiętać, że cecha, ze względu na którą ochrona przed nierównym traktowaniem jest osłabiona, nie jest przeszkodą całkowitą, która uniemożliwia wykonywanie zawodu. Stosowanie tego wyjątku winno być ostrożne i ograniczone do sytuacji bardzo jednoznacznych. W przypadku omawianego orzeczenia mamy do czynienia jedynie z argumentacją



negatywną, dyskwalifikującą niepełnosprawność jako cechę w stopniu absolutnie uniemożliwiającym wykonywanie zobowiązań zawodowych.

Po trzecie, uzasadnione kontrowersje musi budzić powołanie się przez Sąd Najwyższy na klauzulę derogacyjną od zasady równego traktowania z powodu niepełnosprawności z uwagi na konieczność zapewnienia zdolności operacyjnych takich służb jak, w szczególności, sił zbrojnych, policji, służb więziennych lub ratowniczych. Jednoznaczne objęcie tym wyjątkiem także asesora prokuratury rejonowej wydaje się być zbyt dalekim posunięciem.

Jak wskazują inni krytycy tego wyroku⁶, w orzeczeniach sądów powszechnych, ale i w omawianym wyroku zabrało odpowiedniej subsumpcji, czyli dokonania testu standardu ochrony ustanowionego przez unijnego ustawodawcę na konkretnej sytuacji. Cały wysiłek analityczny i interpretacyjny sądu skierowany został na wykluczenie możliwości uznania zdolności do pracy niepełnosprawnej asesor choćby w stopniu minimalnym. Wydaje się, że takie podejście interpretacyjne nie jest zgodne z wolą i celem ustawodawcy unijnego. Poprawną optyką, którą należało przyjąć (i która winna być stosowana odnośnie do innych instytucji funkcjonujących w ramach regulacji antidyskryminacyjnych), byłaby interpretacja inkluzywna, a nie wykluczająca, i w razie wątpliwości dokonywana na rzecz jednostki – nosiciela cechy chronionej prawem. Omawiany wyrok ma doniosłe znaczenie prawne. Będąc jednym z pierwszych tego typu orzeczeń, wyznacza kierunek interpretacyjny na przyszłość i ustanawia konkretny (w tym przypadku niski) standard ochrony. Zastosowanie ścisłych reguł interpretacyjnych tam, gdzie przepisy afirmują cechę niepełnosprawności, przy jednoczesnym szerokim zastosowaniu regulacji derogacyjnych wyznacza niebezpieczny trend w systemie ochrony przed dyskryminacją w Polsce.

II. Nieumiejętne stosowanie zasady przeniesionego ciężaru dowodowego

⁶ E. Łętowska, *Ja wykluczam, on wykluczony, my przegrani*, Europejski Przegląd Sądowy 2012, nr 9, s. 58 i n.



Za przykład nieumiejętnego zastosowania reguły przeniesienia ciężaru dowodowego uznać należy wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie, VI Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 15 października 2007 r.⁷, w którym sąd, rozpatrując pozew o odszkodowanie za dyskryminację z powodu płci, odmówił przyznania waloru uprawdopodobnienia nierównego traktowania okolicznościom przytoczonym przez powoda i przyznania odszkodowania. Postępowanie sądowe dotyczyło nieprawidłowości w postępowaniu rekrutacyjnym i złożonego zgłoszenia do pracy w odpowiedzi na opublikowane w styczniu 2007 r. w jednym z ogólnopolskich dzienników ogłoszeń o pracę o następującej treści: „Spółka (nazwa spółki) zatrudni kobietę na stanowisko sekretarki/asystentki. Zgłoszenia telefoniczne (nr telefonu) lub osobiście”. Powód (mężczyzna) zatelefonował pod wskazany w ogłoszeniu numer i odbył rozmowę z pracownikiem rekrutującej firmy. Podczas rozmowy powód został poinformowany o zakresie obowiązków przypisanych do tego stanowiska pracy, jak i o preferencjach zarządzającego spółką dotyczących płci (żeńskiej) osoby poszukiwanej na wskazane w ogłoszeniu miejsce pracy (rozmowa została nagrana i przedłożona w sądzie jako dowód w sprawie). Po przeprowadzonej rozmowie telefonicznej powód nie złożył dokumentów potwierdzających jego kwalifikacje i nie przystąpił do postępowania kwalifikacyjnego prowadzonego przez pozwanego. W następstwie informacji pozyskanych podczas rozmowy telefonicznej, powód złożył dwa pozwy do Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia (z uwagi na prowadzenie przez pozwanego dwóch przedsiębiorstw), w których zażądał odszkodowania za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu.

Sąd w wyroku przywołał przepisy art. 18^{3a}, 18^{3b} i 18^{3d} Kodeksu pracy (dalej: k.p.), ustanawiające zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu i przewidujące możliwość dochodzenia odszkodowania za takie traktowanie. Sąd w uzasadnieniu do wyroku podkreślił, że przede wszystkim z treści art. 18^{3a} k.p. wynika zakaz dyskryminacji w doborze pracowników i ograniczenie możliwości pracodawcy określania wymagań stawianych osobom w taki sposób, iż dyskryminuje to pozostałe osoby ubiegające się o pracę. Sąd uznał za bezsporne, iż pozwany zamieścił ogłoszenie, z którego wynikało, że poszukuje pracownika na stanowisko sekretarki/asystentki. Za

⁷ Sygn. akt VI P 96/07, wyrok niepublikowany



jednoznacznie zostało uznane, iż w trakcie rozmowy telefonicznej powód otrzymał informację, że preferowaną osobą do zajęcia wspomnianego wyżej stanowiska jest kobieta. Jednakże, sąd za kluczowe dla rozstrzygnięcia uznał fakt niewzięcia przez powoda udziału w dalszej procedurze kwalifikacyjnej. Sąd uznał, że przeprowadzenia jedynie rozmowy telefonicznej z jednym z pracowników pozwanego nie można utożsamiać z przystąpieniem do postępowania kwalifikacyjnego. Sąd, wydając wyrok, oparł się na twierdzeniach pozwanego i powołanego w procesie świadka, w których podkreślono, że po pierwsze, mimo informacji o preferowanej płci poszukiwanego pracownika, powód mógł złożyć aplikację, a po drugie, pracownik prowadzący rozmowę telefoniczną nie był osobą decyzyjną w spółce i nie miał kompetencji i umocowania do przeprowadzania procedury rekrutacyjnej. Co ciekawe, sąd uznał – na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego – że nawet przyjmując twierdzenie, że powód padł ofiarą dyskryminacji ze względu na płeć, to podjął on działania związane z zamiarem nawiązania stosunku pracy jedynie w celu uzyskania stosownego odszkodowania (świadczy o tym fakt, iż powód wytoczył jeszcze dwa powództwa w okolicznościach faktycznych zbliżonych do okoliczności rozpatrywanej sprawy). Sąd podkreślił, że dokonując wykładni przepisów art. 18^{3a-3d} k.p. nie można abstrahować od celu ich uchwalenia, którym jest w szczególności stworzenie potencjalnemu pracownikowi możliwości uzyskania odszkodowania za nakłady poniesione w związku ze staraniami o zdobycie pracy, które z powodu dyskryminacyjnej polityki pracodawcy nie miały szansy osiągnąć pożądanego skutku. Z pewnością nie jest nim zaś umożliwienie wnikliwym czytelnikom ogłoszeń o pracę czerpania dochodu ze swoistego polowania na nieprecyzyjnie sformułowane ogłoszenia o pracę, zamieszczane przez niektórych pracodawców. W ocenie sądu takie działania powoda, jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, nie są uważane za wykonywanie prawa i nie zasługują na ochronę, zgodnie z treścią art. 8 kodeksu pracy. Sąd oddalił powództwo, podkreślając, że ponieważ powód nie przystąpił do postępowania kwalifikacyjnego, nie mógł być przez pozwanego potraktowany w sposób dyskryminujący, albowiem postępowanie kwalifikacyjne w zakresie nawiązania stosunku pracy pomiędzy powodem a pozwanym nie zostało wszczęte.



Analizując argumentację sądu, należy stwierdzić, iż interpretacja przepisów zakazujących dyskryminacji w zatrudnieniu została dokonana przez sąd nietrafnie i niezgodnie z wymogami określonymi przez wypracowany w prawie europejskim (i implementującymi je do systemu krajowego przepisami Kodeksu pracy) standard równości kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia. Sąd, wydając wyrok, niewłaściwie zawęził znaczenie kodeksowego pojęcia „nawiązywania” stosunku pracy do udziału w pełnym postępowaniu rekrutacyjnym, tj. do procedury porównywania aplikacji złożonych przez kandydatów do pracy. W sytuacji, w której brak było jasno określonych reguł postępowania rekrutacyjnego i szczegółowo zdefiniowanych etapów rekrutacji, wystarczające było, aby kandydat wykorzystał wszelkie dostępne środki, aby doprecyzować możliwość złożenia przez niego swojego podania o pracę. Zabrakło zatem pełnego i prawidłowego odczytania przepisów na poziomie europejskim, które w sposób wyraźny umiejscawiają zakaz dyskryminacji z powodu płci zarówno odnośnie do warunków rekrutacji, jak i kryteriów selekcji⁸. Niejasne i nieprecyzyjne warunki procesu rekrutacyjnego u pozwanego nie powinny być zatem przemawiać na niekorzyść powoda.

W omawianym orzeczeniu widocznym deficytem w zastosowaniu przez sąd reguł postępowania wydaje się być brak jednego z ważniejszych instrumentów antidyskryminacyjnego prawa unijnego, jakim jest przeniesienie ciężaru dowodu. W przedstawionym stanie faktycznym, powód wykazał kilka ważnych okoliczności, z których domniemywać można było fakt zaistnienia nieobiektywnego, nierównego traktowania. Pomimo wypełnienia przez powoda tego zobowiązania, sąd nie zobligował pozwanego do udowodnienia zarzucanej mu tezy, opierając się jedynie na dość ogólnych wyjaśnieniach, nie wymagając jednocześnie podania obiektywnych powodów takiego zachowania pozwanego – tj. przyznania jednej z płci specjalnych preferencji. W omawianym przypadku postępowanie dotyczyło stanowiska asystenckiego, tj. takiego, którego z pewnością nie dotyczy przewidziany zarówno

⁸ Obowiązujący w czasie orzekania w niniejszej sprawie przepis art. 3 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 76/207/EWG w wersji zmienionej przepisami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2002/73/WE i z dnia 23 września 2002 r. zmieniającej dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz. Urz. UE L 268 z 5.10.2002, s. 15; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, s. 255).



w kodeksie pracy i prawie europejskim wyjątek w postaci tzw. istotnych i determinujących wymogów zawodowych. Na mocy tego wyjątku możliwe jest odstępstwo od zasady niedyskryminacji w przypadku, kiedy określona cecha prawnie chroniona (w tej sytuacji płeć) jest obiektywnym czynnikiem powodującym przyznanie pierwszeństwa dostępu do zatrudnienia pracownikowi, który cechę tę posiada. W omawianym postępowaniu pozwany nie wykazał takiej zależności, co należało interpretować na korzyść osoby aplikującej o oferowane stanowisko.

Stanowisko takie podzielił sąd odwoławczy, który w wyroku z dnia 22 grudnia 2008 r.⁹ zmienił zaskarżony wyrok na korzyść powoda i zasądził od pozwanego na jego rzecz kwotę 936 zł tytułem odszkodowania za naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu.

Zasada przeniesionego ciężaru dowodu, jako jedno z kluczowych rozwiązań prawa antydyskryminacyjnego, oprócz przepisów ustawowych regulujących stosunek pracy i możliwości dochodzenie praw naruszonych nieobiektywnym nierównym traktowaniem w zatrudnieniu, jest także obecna w ustawie z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (dalej: ustawa wdrożeniowa). Mając na uwadze trudności w stosowaniu tej reguły w postępowaniach pracowniczych należy przypuszczać, że na podobne bariery mogą natrafić sądy cywilne stosujące przepisy ww. ustawy. Tym bardziej zatem, ważne jest, aby w postępowaniach sądowych, w których przedmiotem są antydyskryminacyjne roszczenia pozapracownicze prawidłowo stosować tę zasadę, tak aby w pełni zrealizować zamierzenie unijnego prawodawcy w kontekście gwarancji pozycji procesowej ofiar dyskryminacji.

III. Nietypowe dowody dyskryminacji

Katalog środków dowodowych zarówno w sprawach pracowniczych jak również na podstawie Ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie

⁹ Wyrok z dnia 22 grudnia 2008 r. Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie, VII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, VII Pa 35/08.



równego traktowania, został zawarty w Kodeksie postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.), który wprost wskazuje następujące:

1. Dokument urzędowy;
2. Dokument prywatny;
3. Zeznania świadków;
4. Opinia biegłych;
5. Oględziny;
6. Przesłuchanie stron;
7. Grupowe badanie krwi;
8. Film, telewizja, fotokopia, fotografia, plany, rysunki oraz płyty lub taśmy dźwiękowe i inne przyrządy utrwalające albo przenoszące obrazy lub dźwięki.

Nie ma jednak wątpliwości, iż nie jest to katalog zamknięty, wynika to wprost z art. 309 k.p.c. który stanowi, iż sposób przeprowadzenia dowodu innymi środkami dowodowymi niż wymienione wprost (art. 244 – 308 k.p.c.) sąd określi zgodnie z ich charakterem, stosując odpowiednio przepisy o dowodach. Ponadto, potwierdza to utrwalone orzecznictwo, jak np. wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 2008 r.¹⁰, w którym sąd potwierdził, iż w Kodeksie postępowania cywilnego nie zawarto zamkniętego katalogu środków dowodowych i dopuszczalne jest skorzystanie z każdego źródła informacji o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jeśli tylko nie jest to sprzeczne z przepisami prawa.

Pomimo obowiązującego domniemania dyskryminacji i obowiązku jedynie uprawdopodobnienia naruszenia (zobacz więcej: Rozdział II. Nieumiejętne stosowanie zasady przeniesionego ciężaru dowodowego), zaleca się jednak powoływanie dowodów jeśli są dostępne i to zarówno tych wprost wskazanych w przepisach, jak również mniej oczywistych, spoza ustawowego katalogu. W sytuacji, w której sądy niejednokrotnie mają trudność z zastosowaniem zasady przeniesionego ciężaru dowodu na stronę pozwaną, zwiększa to prawdopodobieństwo wygranej. Przykładami środków dowodowych, nie wskazanymi wprost w przepisach, które mogą zostać wykorzystane w postępowaniach z zakresu dyskryminacji będą

¹⁰ I CSK 138/08, LEX nr 548795



m.in. testy dyskryminacyjne (*situation testing*) stosowane jako metoda wykazania zachowań dyskryminacyjnych i polegające na tym, że strona podejmuje działania pozorne względem pozwanego jedynie w celu udowodnienia, że prezentuje on zachowania dyskryminacyjne tego samego rodzaju, jak te, z których wywodzi roszczenie antydyskryminacyjne¹¹. Podobnie, w sprawach z zakresu dyskryminacji istotne może okazać się wykazanie prawdopodobieństwa zaistnienia naruszenia na podstawie statystyk zawierających dane o ryzyku bądź występowaniu dyskryminacji w określonych okolicznościach.

Innym rodzajem dowodów, jakie mogą być konieczne do wykorzystania w sprawie o roszczenia antydyskryminacyjne, są dowody z nagrań. Jest to kwestia kontrowersyjna, czy można wykorzystać dowód, który *de facto* został zdobyty z naruszeniem prawa. Problem ten był przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 25 kwietnia 2003 r.¹², uznał, że dopuszczenie dowodu z nagrania należy rozważyć odnosząc się do konkretnych okoliczności sprawy i badając kontekst wypowiedzi ujawnionej w nagraniu. W odniesieniu do stanu faktycznego konkretnej sprawy sąd przyjął, że nie ma zasadniczych powodów do całkowitej dyskwalifikacji kwestionowanego przez pozwaną dowodu z nagrań rozmów telefonicznych, nawet jeżeli nagrania tych dokonywano bez wiedzy jednego z rozmówców. Skoro strona pozwana nie zakwestionowała skutecznie w toku postępowania autentyczności omawianego materiału, to mógł on służyć za podstawę oceny zachowania się pozwanej (...). Stanowisko SN wyrażone w cytowanym orzeczeniu stanowi o tym, że dowody z nagrań uzyskane bez zgody rozmówcy mogą być dowodami o charakterze co najmniej pomocniczym. Tak więc, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że w inny sposób nie można było uzyskać dowodu, to dowód z nagrania może co najmniej pozwolić na pełniejszy ogląd sytuacji. Jednocześnie należy zauważyć, że Sąd Najwyższy nie odrzuca wprost możliwości dopuszczenia dowodu z nagrania rozmowy uzyskanego bez zgody drugiej strony. Pomimo iż cytowane orzeczenie zapadło w sprawie o rozwód, z uwagi na to, iż

¹¹ por. K. Wencel, *Owoc zatrutego drzewa? Situation testing jako dowód w sprawach o dyskryminację*, w: W. Klaus (red.), *Sąsiedzi czy intruzy. O dyskryminacji cudzoziemców w Polsce*, Warszawa 2010, s. 317 – 334.

¹² IV CKN 94/01, LEX nr 80244



dotyczy ono materii istotnej z punktu widzenia wszelkiego rodzaju spraw cywilnych w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego, można je stosować przez analogię także w innego rodzaju sprawach. Z punktu widzenia specyfiki spraw z zakresu dyskryminacji jest to bardzo istotne, gdyż jeśli strona nie potrafi w żaden inny sposób uprawdopodobnić zdarzenia, wówczas wykorzystanie dowodu z nagrań może okazać się niezbędne. Powód, jako słabsza strona stosunku pracy ma ograniczone możliwości dowodowe, czy chociażby możliwości uprawdopodobnienia okoliczności wskazujących na dyskryminację. Często powód jako ofiara dyskryminacji nie ma wyboru i w celu ochrony swoich uzasadnionych praw rejestruje przebieg rozmowy z pozwanym, pomimo braku uzyskanej zgody. Ponadto, ze względu na zasadę przeniesionego ciężaru dowodu, sąd rozstrzygając czy doszło do dyskryminacji, może nagranie potraktować jako uprawdopodobnienie zaistniałych okoliczności podnoszonych przez stronę powodową w sprawie¹³.

IV. Zakres ochrony prawnej przyznanej konkretnym cechom (kryteriom antydyskryminacyjnym) w kontekście zakazu molestowania

Zakaz molestowania, zdefiniowany zarówno przez prawo unijne, jak i polskie prawo pracy, jako nieakceptowane, niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery, jest jedną z tych instytucji antydyskryminacyjnych, których prawidłowość stosowania wydaje się być wciąż problematyczna dla polskiego wymiaru sprawiedliwości. Za przykład służyć może wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze, IV Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 14 czerwca 2011 r.¹⁴, który dotyczył powódki odbywającej staż w jednej ze spółdzielni. W czasie odbywania stażu ujawniła ona swoim współpracownikom fakt, iż jest osobą homoseksualną, co spotkało się, jak twierdziła, z brakiem zrozumienia i postawą homofobiczną. Powódka była z tego powodu krytykowana, poniżana i szykanowana. Co ważne, takie zachowanie współpracownik spotykało się z wyraźnym sprzeciwem powódki, gdyż w jej odczuciu naruszało ono

¹³http://www.ptpa.org.pl/public/files/Komentarz_do_przepis%C3%B3w_antydyskryminacyjnych_Kedziora_Wieczorek.pdf

¹⁴ Sygn.. akt IV Pa 63/11, wyrok niepublikowany



jej godność. Po kilku miesiącach odbywania stażu, z uwagi na doznawane szykany, powódka zrezygnowała ze stażu u pozwanego i wniosła pozew o odszkodowanie za doznaną dyskryminację w postaci molestowania z powodu orientacji seksualnej. Po wniesieniu pozwu, powódka otrzymywała od jednej ze współpracownic obraźliwe telefoniczne wiadomości tekstowe. W odpowiedzi na pozew, pozwana wniosła o oddalenie powództwa i wskazała, że powódka nie była pracownikiem, a jedynie – zgodnie z umową zawartą pomiędzy nim a Powiatowym Urzędem Pracy – osobą skierowaną na staż w ramach aktywnej formy zwalczania bezrobocia. W konsekwencji, zdaniem pozwanej, sprawa nie powinna toczyć się przed Sądem Pracy. Pozwana podniosła także, że nie ma żadnych dowodów na to, aby podczas okresu odbywania stażu, powódka była obiektem dyskryminacji. Pozwana podniosła także, że po poinformowaniu przez powódkę o swojej orientacji seksualnej, przełożona powódki zwróciła jej uwagę, że „powinna zajmować się wykonywaniem zleconych jej czynności służbowych, a nie informowaniem personelu o jej sprawach prywatnych, niemających żadnego związku ze stażem”. Pozwana podniosła także, że nie powzięła żadnych informacji o tym, że w czasie odbywania przez powódkę stażu była ona ofiarą jakichkolwiek szykan. Sąd rozpatrujący sprawę podtrzymał ustalenia zawarte w orzeczeniu I instancji i oddalił apelację od wyroku oddalającego powództwo. Uznał jednak, że – wbrew twierdzeniom pozwanej – zasada równego traktowania w zatrudnieniu określona w Kodeksie pracy ma zastosowanie także do osób odbywających staż, z uwagi na przepisy rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 20 sierpnia 2009 r. w sprawie szczegółowych warunków odbywania stażu przez bezrobotnych¹⁵. Oprócz wątpliwości odnośnie do dowodów na występowanie dyskryminacji w postaci molestowania z uwagi na orientację seksualną powódki, sąd poddał w wątpliwość zasadność ujawniania przez nią swojej orientacji seksualnej w miejscu pracy. Jak stwierdził sąd „to powódka była inicjatorem rozmów dotyczących jej orientacji seksualnej. (...) Można zatem odnieść wrażenie, że powódka celowo akcentowała swoją orientację seksualną, w dodatku w miejscu do tego nie przeznaczonym, bowiem w miejscu pracy”. Sąd podkreślił, że problematyka orientacji seksualnej jest trudna dla wielu osób dorosłych, posiadających bogatą wiedzę i doświadczenie życiowe, tym bardziej więc trudna jest dla osób małoletnich,

¹⁵ Dz. U. Nr 142, poz. 1160.



bez żadnego doświadczenia życiowego, jakimi były młode współpracownice powódki. Zdaniem sądu nie można zatem wykluczyć, że to właśnie zachowanie powódki miało bezpośredni wpływ na reakcje niepełnoletnich i niedojrzałych współpracownic. Sąd uznał za słuszne twierdzenie, że „miejsce pracy, a w przypadku powódki, odbywania stażu, nie jest miejscem odpowiednim do podejmowania rozmów o szczegółach życia, takich jak orientacja seksualna, czy sposób realizacji potrzeb seksualnych i to z osobami obcymi”. Sąd wydający wyrok nie odniósł się w żaden sposób krytycznie do interpretacji dokonanej przez sąd I instancji odnośnie do warunków zaistnienia którejkolwiek ze zdefiniowanych w Kodeksie pracy form dyskryminacji. Sąd rejonowy podniósł bowiem, iż „przy ocenie czy zaistniał jakikolwiek z ww. przejawów dyskryminacji niezbędne jest przyjęcie wzorca ofiary rozsądnej, co z zakresu ewentualnej dyskryminacji pozwoli wyeliminować przypadki wynikające z nadmiernej wrażliwości pracownika”.

Ustalenia sądu wydającego omawiane orzeczenie, jak i dokonaną interpretację przepisów zakazujących dyskryminacji w zatrudnieniu, należy ocenić krytycznie¹⁶. Nie znajduje potwierdzenia w żadnym przepisie prawa krajowego, jak również unijnego, taka interpretacja zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu, na podstawie której możliwe byłoby wywiedzenie twierdzenia, że sąd, oceniając materiał dowodowy, winien ocenić go w świetle „wzorca ofiary rozsądnej”, *ergo*, nienadużywającej możliwości dochodzenia roszczeń wynikłych z dyskryminacji. W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z regulacjami kodeksowymi molestowanie (szykanowanie) w miejscu pracy z powodu którejś z objętych ochroną przesłanek antidyskryminacyjnych jest działaniem uznanym za dyskryminację, a ocena, czy do takiego zachowania doszło zawsze przeprowadzana jest z perspektywy dochodzącego roszczeń. Nie jest możliwe ustalenie wzorca zachowania wypełniającego tę definicję właśnie z uwagi na różne progi wrażliwości jednostek na doznawane szykany (i ich akceptację lub jej brak). Czynnikiem, który taką granicę wyznacza, jest sprzeciw wyrażony przez osobę będącą podmiotem molestowania. Abstrahując od ustaleń

¹⁶ W omawianym przypadku autor rozprawy nie odnosi się do sposobu procedowania odnośnie do środków dowodowych i oceny ich wiarygodności (te bowiem można byłoby ocenić wnikliwie i obiektywnie jedynie na podstawie protokołów z posiedzeń sądu), a jedynie skupia się na wykładni regulacji dokonanych przez wyrokujące sądy.



poczynionych przez sądy odnośnie do tego, czy powódka sygnalizowała nieprawidłowości w czasie odbywania stażu, czy też nie, należy jednoznacznie podkreślić, że głęboko sprzeczna z celem zakazu molestowania wydaje się być interpretacja umacniająca przekonanie o konieczności odejścia od indywidualizacji perspektywy ofiary dyskryminacji na rzecz abstrakcyjnego „wzorca roszczeń rozsądnych”, czyli takich, które w przeciętnych (normalnych) warunkach mogłyby być uznane za wystarczająco dokuczliwe, aby mogłyby zostać uznane za naruszenie przepisów. Nie można także pozostawić bez komentarza wywodu sądu (który, jak się wydaje, w dużej mierze zaważył na wyniku postępowania), jakoby ujawnienie orientacji seksualnej w miejscu pracy przez pracownika jest zachowaniem niewłaściwym i prowokującym dyskryminację. Wydaje się, że postawienie takiej tezy stoi w rażącej sprzeczności z celem ustanowionego przez prawo europejskie standardu równego traktowania, jakim jest inkluzywność rynku pracy bez względu m.in. na orientację seksualną, jak również ze standardem ustanowionym przez polskiego ustawodawcę w art. 94 pkt 2b kodeksu pracy, nakładającym na pracodawcę obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji. Objęte ochroną przed dyskryminacją przesłanki traktowane są w równy sposób (z wąskimi wyjątkami dotyczącymi kryterium wieku lub niepełnosprawności) zarówno przez ustawodawcę krajowego, jak i europejskiego. Twierdzenie zatem, że zatajanie niektórych z nich jest właściwe dla poprawnego wykonywania zadań przypisanych do miejsca pracy wydaje się mieć wydźwięk homofobiczny, czyli niezgodny z założeniami przepisów chroniących przed dyskryminacją z powodu orientacji seksualnej w zatrudnieniu.

V. Prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę a przesłanka prawnie chroniona

Art. 18^{3c} § 1 k.p. stanowi, że pracownicy mają prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości. O ile termin „praca jednakowa” nie budzi wątpliwości, o tyle sformułowanie „praca jednakowej wartości” wymaga doprecyzowania. Paragraf trzeci komentowanego przepisu, definiuje to pojęcie, wyróżniając trzy podstawowe mierniki wartości pracy:



- a. kwalifikacje zawodowe potrzebne do wykonywania tychże prac, lecz tylko wówczas, gdy są potwierdzone dokumentami przewidzianymi w odrębnych przepisach lub praktyką i doświadczeniem zawodowym (są to zatem kwalifikacje pracownicze w ujęciu formalnym – ukończona szkoła, kursy, szkolenia itp., oraz praktycznym – doświadczenie zawodowe),
- b. odpowiedzialność związana z ich wykonywaniem,
- c. wysiłek potrzebny do ich wykonania¹⁷.

Warto podkreślić, że artykuł ten zawiera bardzo szeroką definicję wynagrodzenia, która ma zastosowanie wyłącznie do regulacji antydyskryminacyjnych. W świetle § 2 omawianego artykułu wynagrodzenie obejmuje wszystkie składniki wynagrodzenia, bez względu na ich nazwę i charakter, a także inne świadczenia związane z pracą, przyznawane pracownikom w formie pieniężnej lub innej formie niż pieniężna. Dlatego też w skład tak rozumianego wynagrodzenia wchodzi wszelkie gratyfikacje wypłacane pracownikom przez pracodawcę w zamian za wykonaną pracę oraz wszelkie inne świadczenia majątkowe i rzeczowe związane z pracą bez względu na ich nazwę i charakter¹⁸. Co więcej Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 stycznia 2011 r. stwierdził, że również „Nagroda (art. 105 k.p.) jest wynagrodzeniem w rozumieniu art. 18^{3a} k.p., co oznacza, że także do nagrody jako świadczenia przyznawanego pracownikowi na podstawie uznania pracodawcy mają zastosowanie reguły jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości (art. 18^{3c} §1 k.p.)”¹⁹. Według sądu nagroda jako pieniężne lub rzeczowe świadczenie nieobowiązkowe przyznawane pracownikowi stanowi instrument pozytywnego oddziaływania pracodawcy na jego zachowanie w procesie pracy. Nagroda, będąc świadczeniem uznaniowym, nie może jednak stanowić świadczenia przyznawanego na zasadzie zupełnej swobody pracodawcy. Pracodawcę ograniczają spoczywające na nim obowiązki, takie jak stosowanie obiektywnych i sprawiedliwych kryteriów oceny pracowników i wyników ich pracy (art. 94 pkt 9 k.p.) oraz przestrzeganie

¹⁷ W. Cajsels *Kodeks pracy – komentarz*, Warszawa 2007, s. 53-54

¹⁸ A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy – komentarz*, C.H. Beck, Wrzesień 2010, str. 85

¹⁹ II PK 169/10, OSNP 2012/7-8/86, OSP 2012/12/115



podstawowych zasad prawa pracy: równego traktowania pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków (art. 11² k.p.) oraz zakazu dyskryminacji (art 11³ i 18^{3a} – 18^{3c} k.p.). Naruszeniem tych zasad byłoby na przykład stosowanie przy przyznawaniu nagród kryteriów pozamerytorycznych, jak np. ich płeć, wiek, niepełnosprawność itd., czyli niezwiązanych ze świadczeniem pracy przez pracownika²⁰.

Nasuwa się jednak pytanie, co w sytuacji gdy dochodzi do nierównego wynagradzania z przyczyn innych niż te które można uznać za dyskryminacyjne, czyli np. ze względów rodzinnych, socjalnych, osobistych, w sytuacji gdy bez wątplenia dochodzi do nierównego traktowania, którego zakazuje art. 11² k.p., które nie stanowi jednak dyskryminacji na gruncie art 11³ i 18^{3a} – 18^{3c} k.p. Ponadto, literalnie z treści art. 18^{3c} nie wynika, konieczność wskazania przesłanki prawnie chronionej ze względu na którą nie może dojść do nierównego wynagradzania, stąd wątpliwość, czy zawsze jest to konieczne.

W wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. Sąd Najwyższy²¹ stwierdził, iż na pracowniku wywodzącym swe roszczenia z przepisów zakazujących dyskryminacji w zatrudnieniu ciąży obowiązek przytoczenia w pozwie (art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c.) okoliczności faktycznych, które uprawdopodobnią nie tylko to, że jest wynagradzany mniej korzystnie od innych pracowników wykonujących pracę jednakową lub jednakowej wartości (art. 18^{3b} § 1 pkt 2 w związku z art. 18^{3c} § 1 k.p.), ale i to, że różnicowanie spowodowane jest niedozwoloną przyczyną (art. 18^{3b} § 1 pkt 2 w związku z art. 18^{3a} § 1 k.p.). W przedmiotowej sprawie powód nie podał przesłanki prawnej ze względu na którą miałyby dojść do naruszenia w stosunku do niego zasady równego wynagradzania. Niemniej jednak, zarabiał o 50 % mniej niż jego kolega wykonujący pracę, którą sąd identyfikował jako jednakowej wartości. Jak twierdził sąd II instancji, dopatrując się naruszenia, strona pozwana nawet nie próbowała uzasadnić takiej różnicy w wynagradzaniu obu tych osób jakimikolwiek obiektywnymi okolicznościami związanymi z pracą albo ich przymiotami osobistymi.

²⁰http://www.ptpa.org.pl/public/files/Komentarz_do_przepis%C3%B3w_antydyskryminacyjnych_Kedziora_Wieczorek.pdf

²¹ II PK 196/11, LEX nr 1297762



Dlatego też, sąd uznał, że nie ma podstaw do tego, aby uwolnić pozwaną od odpowiedzialności za tę sytuację tylko dlatego, że różne podmioty przyznawały tym pracownikom wynagrodzenie i na skutek braku współdziałania między nimi doszło do nieuzasadnionego zróżnicowania wynagrodzeń i naruszenia istniejącej dotąd hierarchii. Z tych przyczyn zasądono od pozwanego na rzecz powoda odszkodowanie odpowiadające różnicy pomiędzy dwumiesięcznym wynagrodzeniem osoby z którą się porównywał a jego wynagrodzeniem z tego samego okresu. Na skutek skargi kasacyjnej, Sąd Najwyższy zakwestionował to rozstrzygnięcie, stojąc na stanowisku, że przepisy zawarte w rozdziale IIa Kodeksu pracy, podobnie jak prawo wspólnotowe, nie zawierają normy, z której miałyby wynikać, że wszyscy pracownicy danego pracodawcy mają być równo traktowani. Tym samym, zdaniem sądu, za dyskryminowanego należy uznać tylko takiego pracownika, który wykonując pracę jednakową lub jednakowej wartości ma wynagrodzenie ukształtowane na niższym poziomie niż inny pracownik, a ta różnica wynika z jednej lub kilku przyczyn, o których mowa w art. 18^{3a} § 1 k.p. Powyższą linię orzeczniczą podtrzymał również SN w nowszym orzeczeniu z dnia 3 czerwca 2014 r²².

Autorzy przedmiotowej publikacji, zastanawiają się jednak czy w świetle powyższego, istnieje jednak efektywna droga dochodzenia roszczeń pracownika lub pracownicy, którzy za pracę jednakowej wartości zostali nierówno wynagradzani w porównaniu z innymi pracownikami, ale nie jest możliwe zidentyfikowanie przesłanki prawnej chronionej w rozumieniu art. 18^{3a} § 1 k.p. Art. 94 pkt 10 nakazuje pracodawcy wpływać na kształtowanie w zakładzie pracy zasad współżycia społecznego, a art. 11² zobowiązuje pracodawcę do równego traktowania pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków. Łatwo wyobrazić sobie frustrację pracowników, którzy byli wynagradzani niżej niż ich współpracownicy oraz jaki może to mieć wpływ na zasady współżycia społecznego w zakładzie pracy, gdzie siłą rzeczy kryteria wynagradzania nie będą odnosić się do porównywalnych kwalifikacji, doświadczenia wysiłku i odpowiedzialności pracowników (art. 18^{3c} § 3). Ponadto, warto również powołać zasadę prawa pracy

²² III PK 126/13, LEX 1487089



zawartą w art. 11¹ Kodeksu pracy, na podstawie której pracodawca ma obowiązek szanować godność i inne dobra osobiste pracownika określone w art. 23 Kodeksu cywilnego. W świetle wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 marca 2013 r.²³ cytowany przepis nie definiuje pojęcia dóbr osobistych. Nie czyni tego również art. 23 kodeksu cywilnego, który jednak zawiera przykładowy katalog owych dóbr, do których należy między innymi cześć. Dlatego też, traktując nierówne wynagradzanie jako działanie które uderza w dobra osobiste pracownika, należy rozważyć wystąpienie z roszczeniem o zadośćuczynienie na podstawie art. 11¹ k.p. w związku z art. 300 k.p. i art. 23 i 24 oraz 448 Kodeksu cywilnego.

Na podstawie art. 13 k.p. pracownicy mają również prawo do godziwego wynagrodzenia. Sposób ustalenia przez sąd „godziwego wynagrodzenia” określił SN w wyroku z dnia 23 stycznia 2014 r.²⁴, odwołując ekwiwalentność zarobków do rodzaju i charakteru świadczonej pracy oraz posiadanych przez pracownika doświadczenia i kwalifikacji zawodowych. Sąd uznał, że określając wzorzec godziwego wynagrodzenia należy wziąć pod uwagę między innymi takie czynniki, jak: siatka wynagrodzeń obowiązująca w zakładzie pracy; średni poziom wynagrodzeń za taki sam lub podobny charakter świadczonej pracy w danej branży; wykształcenie; zakres obowiązków; odpowiedzialność materialna oraz dyspozycyjność. Tak więc, pracodawca ustalając zasady przyznawania pracownikom stawek wynagrodzenia za pracę określonego rodzaju lub na określonym stanowisku, a także innych (dodatkowych) składników wynagrodzenia, jeżeli zostały one przewidziane z tytułu wykonywania określonej pracy, o których mowa w art. 78 § 2, powinien kierować się kryteriami godziwego wynagradzania, bez względu na to czy różnice w wysokości wynagrodzenia wynikają z przesłanki prawnie chronionej jak np. płeć, niepełnosprawność, kolor skóry, czy też nie.

Tak więc, analogicznie do rozważań SSN Katarzyny Gonery, które prezentuje w artykule przygotowanym dla Polskiego Towarzystwa Prawa

²³ III APa 52/12, LEX nr 1313276

²⁴ I UK 302/13, LEX nr 1503234



Antydyskryminacyjnego nt. „Naruszenie przez pracodawcę obowiązków dotyczących przeciwdziałania dyskryminacji i mobbingowi jako samodzielna podstawa roszczeń pracowniczych”²⁵, dostrzegając brak możliwości domagania się odszkodowania w oparciu o przepisy antydyskryminacyjne (art. 18^{3d}), należy zastanowić się nad alternatywą. W sytuacji naruszenia obowiązku godziwego wynagradzania poprzez nierówne wynagradzanie pracowników za pracę jednakową lub jednakowej wartości, w sytuacji w której niemożliwe jest zidentyfikowanie przesłanki prawnie chronionej w rozumieniu art. 18^{3a} § 1 k.p., jako podstawę prawną roszczenia należy wskazać odpowiedzialność kontraktową na podstawie art. 471 k.c. w związku z art. 300 k.p. Tym samym, granice odpowiedzialności odszkodowawczej powinny wyznaczać art. 361, 362 i 363 k.c. w związku z art. 300 k.p.

Oczywiście do tego typu postępowania, nie będzie miała zastosowania zasada przeniesionego ciężaru dowodu, która jest charakterystyczna jedynie dla procesów o naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu, w to miejsce wejdzie natomiast reguła rozkładu ciężaru dowodu wynikająca z art. 6 k.c. i art. 471 k.c. W praktyce, powołując się ponownie na refleksje SSN Katarzyny Gonery, rozkład ciężaru dowodu będzie wyglądał następująco – powód będzie musiał wykazać jedynie, że na pracodawcy spoczywał obowiązek godziwego wynagradzania oraz kształtowania w zakładzie pracy zasad współzycia społecznego oraz przedstawić twierdzenie, że pracodawca obowiązku tego nie wykonał, wtedy na pozwanego (pracodawcę) przechodzi ciężar wykazania, że wynagrodzenie było godziwe i że podjął określone działania, którym można przypisać cechy kształtowania w zakładzie pracy zasad współzycia społecznego. Jak się wydaje wykazywać czy wynagrodzenie było godziwe, można w oparciu o kryteria zawarte w art. 18^{3c} § 3, bez względu na to czy do różnicowania doszło w oparciu o przesłankę prawnie chronioną. Z art. 6 k.c. nie wynika, że to powód ma udowodnić niewykonanie zobowiązania. To na pozwanym ciąży wykazanie, że zobowiązanie wykonał, ponieważ ogólną zasadą dowodzenia jest wykazywanie okoliczności pozytywnych a nie negatywnych.

Tak więc, odnosząc się do argumentacji Sądu Najwyższego na temat braku możliwości ingerencji w wysokość wynagradzania poza przypadkami dyskryminacji,

²⁵http://www.ptpa.org.pl/public/files/Gonera_Art_94_KP_jako_samodzielnna_podstawa_roszczen_prac.pdf



należy zdaniem autorów, poddać refleksji obowiązek jednakowego wynagrodzenia za pracę jednakową i jednakowej wartości pod kątem rażącego naruszenia zasad współżycia społecznego poprzez niezapewnienie pracownikom przez pracodawcę godziwego wynagrodzenia, jako okoliczność szczególną uzasadniającą ingerencję sądu w autonomię kształtowania warunków umowy o pracę, jaka przysługuje jej stronie.

VI. Odszkodowanie za dyskryminację - skuteczne, proporcjonalne i dolegliwe

Odszkodowanie za dyskryminację zostało określone zarówno w Kodeksie Pracy (dalej: k.p.) jak również w ustawie wdrożeniowej, która przewiduje ochronę przed dyskryminacją w innych obszarach życia innych niż zatrudnienie pracownicze (zatrudnienie niepracownicze, opieka zdrowotna, zabezpieczenie społeczne, dostęp do dóbr i usług, edukacja).

W świetle art. 18^{3d} k.p. osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Zasada ta odnosi się do wszystkich przejawów dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej, jak również do szczególnych form dyskryminacji, o których stanowi art. 18^{3a} § 5 i 6 k.p., takich jak zachęcanie do dyskryminacji, molestowanie czy molestowanie seksualne. Podmiotem, który ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą w świetle art. 18^{3d} k.p. z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu, jest zawsze pracodawca. Z kolei, ustawa wdrożeniowa, w art. 13 stanowi, iż każdy, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania, a w celu dochodzenia tego roszczenia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Powództwo takie, zgodnie z przepisem art. 14 ustawy antidyskryminacyjnej rozpoznawane jest na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego (dalej k.p.c.). Oznacza to, że pozew składa się do sądu cywilnego właściwego do rozpoznania sprawy zgodnie z przepisami k.p.c. W obydwu przypadkach zastosowanie ma zasada przeniesionego ciężaru dowodu, która w praktyce oznacza, że to podmiot któremu stawia się zarzut dyskryminacji (pracodawca, placówka usługowa, edukacyjna, czy zakład opieki zdrowotnej) będzie zobowiązany udowodnić że do niej nie doszło, bądź zaistniała



nierówne traktowanie było obiektywnie uzasadnione, a podmiot który zarzuca dyskryminację będzie musiał jedynie uprawdopodobnić jej wystąpienie. Nie oznacza to jednak, iż nie ma obowiązku wykazania przez stronę powodową rozmiarów poniesionej szkody. W tym miejscu należy doprecyzować o jaką szkodę chodzi. Nie ma jeszcze orzecznictwa SN na gruncie ustawy wdrożeniowej. Jak wynika z informacji pozyskanych przez organizacje pozarządowe²⁶, odkąd ustawa weszła w życie z dniem 1 stycznia 2011 r. obecnie toczy się zaledwie kilka postępowań przed sądami powszechnymi, w tym żadne zakończone prawomocnym wyrokiem. Niemniej jednak, wydaje się, że zastosowanie tu mieć będzie ugruntowane orzecznictwo SN w sprawach pracowniczych, zawarte chociażby w orzeczeniu z dnia 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, OSNP 2010/13-14/160, gdzie Sąd powołując się na standardy unijne przywołał zasadę, która została określona w art. 17 dyrektywy 2000/78/WE i która stanowi, że sankcje za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu muszą być skuteczne, proporcjonalne i dolegliwe. Jednocześnie Sąd podkreślił, że odszkodowanie to musi wyrównywać uszczerbek zarówno w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika. Takie rozumienie odszkodowania, jest konieczne ze względu na interes osoby, która spotkała się z dyskryminacją, gdyż nie zawsze naruszenie zasady równego traktowania wiąże się z powstaniem szkody materialnej. Często dyskryminacji towarzyszy za to poczucie krzywdy, które w świetle przepisów kodeksu cywilnego jest pojęciem różnym od szkody, definiowanej jako skutek zdarzenia o charakterze materialnym.

Ilustruje to sprawa, w której Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z dnia 27 listopada 2012 r.²⁷, uznał iż doszło do złamania przez pracodawcę zasady równego traktowania w zatrudnieniu, poprzez molestowanie ze względu na orientację seksualną. Sąd II instancji, odpowiadając na zarzut apelacyjny powoda, podwyższył wysokość odszkodowania z 4500 zł do 18000 zł. Sąd szczegółowo odniósł się do sposobu ustalania wysokości odszkodowania, wskazując na potrzebę odwołania do norm prawa europejskiego, a szczególnie dyrektyw antidyskryminacyjnych Unii Europejskiej. W przedmiotowej sprawie sąd zasądził wysokość odszkodowania

²⁶ http://rownosc.info/media/uploads/raport_do_druku.pdf

²⁷ Sygn. akt VI Pa 56/12, niepublikowany



wziął pod uwagę następujące okoliczności: rodzaj naruszonego dobra osobistego, nasilenie działań dyskryminacyjnych, stosunek pracodawcy do zagadnienia dyskryminacji, dolegliwość zasądzonego odszkodowania, mająca na celu wyeliminowanie przez pracodawcę tego typu zachowań w przyszłości oraz proporcjonalność odszkodowania do możliwości finansowych pracodawcy. Sąd nie miał wątpliwości, iż odszkodowanie za dyskryminację obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika. Sąd II instancji podwyższając czterokrotnie wysokość odszkodowania względem zasądzonego przez sąd I instancji stwierdził, że jest to podyktowane koniecznością skuteczności napiętnowania, znacznym nasileniem zachowań dyskryminacyjnych oraz ich ukierunkowaniem na dobro osobiste, jakim była godność osobista powoda. Z drugiej strony sąd uznał, że będzie to kwota motywująca pozwaną spółkę do zapobiegania podobnym zachowaniom w przyszłości, w szczególności przez refleksję nad bardziej skutecznymi metodami zapobiegania dyskryminacji i nierównemu traktowaniu w zatrudnieniu²⁸.

Teza ta znajduje również potwierdzenie w środowisku akademickim, jak np. w artykule pt. „Roszczenia niematerialne w postępowaniach o dyskryminację” Dr Marcina Górskiego, który twierdzi, że sąd powinien mieć na względzie spoczywający na nim obowiązek zapewnienia praktycznej skuteczności prawu antydyskryminacyjnemu Unii. Już tylko wzięcie pod uwagę uwarunkowań społecznych, które dotyczą w polskich realiach zakazu dyskryminacji, należy przyjąć, że na ogół zaspokojenie jedynie roszczeń materialnych powoda nie będzie wystarczające, bo nie będzie stanowił czytelny sygnał, który sąd winien skierować do opinii publicznej, że dyskryminacja jest zachowaniem nie tylko dezaprobowanym przez porządek prawny, ale też i całkowicie nieopłacalnym. W praktyce sądowej nie wolno dopuścić do sytuacji, w której powstałoby wrażenie relatywnej bezkarności zachowań dyskryminacyjnych²⁹.

²⁸http://www.ptpa.org.pl/public/files/Komentarz_do_przepis%C3%B3w_antydyskryminacyjnych_Kedziora_Wieczorek.pdf

²⁹http://www.ptpa.org.pl/public/files/Gorski.Roszczenia_niematerialne_w_postepowaniach_o_dyskryminac.pdf



Niestety pomimo, wydawałoby się ugruntowanego orzecznictwa w tym zakresie, w praktyce sądy ciągle mają trudność z rekompensowaniem krzywdy w tego typu postępowaniach, ograniczając się do sum symbolicznych, bądź uwzględniając roszczenie jedynie w części odnoszącej się do szkody materialnej jak np. ilość utraconych wynagrodzeń, czy też różnicy w wynagradzaniu strony powodowej w porównaniu z innymi pracownikami wyżej opłacanymi za pracę jednakową lub jednakowej wartości. W celu zapewnienia efektywnej ochrony przed dyskryminacją w zgodzie z zasadą przejrzystości przepisów prawa, jak się wydaje należałoby doprecyzować treść zarówno Kodeksu pracy, jak również przepisów tzw. ustawy wdrożeniowej poprzez wprowadzenie, obok możliwości dochodzenia odszkodowania, instrumentu roszczenia o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę. Odnośnie drugiego z wymienionych aktów prawa, jest to jeden z postulatów organizacji skupionych w Koalicji na Rzecz Równych Szans, która przygotowała projekt nowelizacji ustawy³⁰.

Zakończenie

Podsumowując powyższe rozważania, należy podkreślić, iż celem opracowania nie jest zamiar udowodnienia, że polski system wymiaru sprawiedliwości nie radzi sobie z nowymi wyzwaniami w zakresie ochrony przed dyskryminacją. Zasadniczym założeniem jest natomiast wskazanie deficytów interpretacyjnych w procesie stosowania prawa antidyskryminacyjnego w Polsce, z perspektywy osób doświadczających dyskryminacji, które autorzy przedmiotowej publikacji na co dzień wspierają występując w sądach czy to roli profesjonalnych pełnomocników, czy reprezentując organizację pozarządową Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, która działa na ich rzecz. Co więcej, problem z jakim zmagamy się w Polsce, to wciąż mała ilość spraw w sądach, co niestety nie świadczy o poziomie tolerancji naszego społeczeństwa, ale bardziej niewiedzy na temat możliwości prawnej ochrony przed dyskryminacją. W konsekwencji braku spraw, siłą rzeczy sądy nie mają wielu okazji do ustanawiania standardów i to wpływa na poziom orzecznictwa. Kolejną bolączką jest rezerwa z jaką wymiar sprawiedliwości odnosi

³⁰ http://www.ptpa.org.pl/public/files/projekt_20.09.2012.pdf



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDISKRYMINACYJNEGO

się w swoich decyzjach do standardów Unii Europejskiej. Większa ilość spraw, zapewne i w tym zakresie zadziałałaby mobilizująco. Nie pozostaje nic innego jak tylko liczyć na bardziej zaawansowaną politykę równościową państwa, które dba o swoich obywateli, również poprzez edukowanie na temat prawnych instrumentów ochrony ich praw przed dyskryminacją.