



Kraków, dnia 8 lutego 2016 r.

Dr Marcin Wujczyk
Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej
Uniwersytet Jagielloński

Przedmiotem niniejszej opinii jest zbadanie zasad odpowiedzialności za dyskryminowanie pracowników tymczasowych i tzw. pracowników leasingowanych (tj. osób, które świadczą pracę na rzecz podmiotu trzeciego jako pracownicy przedsiębiorstwa związanego z tym podmiotem umową o świadczenie usług [często nazwaną umową outsourcingu]).

I. Pojęcie zakazu dyskryminacji

1. Zakaz dyskryminacji jak i nakaz równego traktowania pojawia się na płaszczyźnie wielu dziedzin prawnych, szczególne znaczenie jednak nadaje im prawo pracy, szeroko regulując związane z nimi kwestie.
2. Zakaz dyskryminacji można wywodzić już z Konstytucji RP i zasady równości wobec prawa. Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie wypowiadał się w tym obszarze twierdząc, że: *„wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo. A więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących”*¹ Zakazana jest dyskryminacja zarówno w życiu politycznym społecznym jak i gospodarczym. Ustawa zasadnicza statuuje również zasadę równości płci w zakresie prawa do kształcenia się, zatrudnienia czy rozwoju zawodowego. Praca o porównywalnej wartości powinna być jednakowo wynagradzana a porównywalny powinien być również dostęp do stanowisk, funkcji, odznaczeń czy godności publicznych. Jednakże Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę na granicę dzielącą dyskryminację konstytucyjnie zakazaną od dopuszczalnego różnicowania. W wyroku z dnia 29 września 1997 r. Trybunał wskazuje, iż odstępstwo od równego traktowania jest dopuszczalne przy spełnieniu warunku: *„relewantności (bezpośredniego związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma), proporcjonalności (waga interesu, któremu służyć ma różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów naruszonych przez nierówne potraktowanie podmiotów podobnych) oraz związku z innymi normami, zasadami lub wartościami konstytucyjnymi uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (jedną z takich zasad jest zasada sprawiedliwości społecznej). Przy*

¹ Orzeczenie TK z 9 marca 1988 r., U. 7/87, OTK w 1988 r., s. 14



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

*spełnieniu tych przesłanek zróżnicowania prawnego nie można traktować jako - konstytucyjnie zakazanej - dyskryminacji.*²

3. Nakaz równego traktowania i zakaz dyskryminacji to zasady zapisane między innymi w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, która stanowi, że każdy człowiek posiada wszystkie prawa i wolności zawarte w tym dokumencie bez względu na jakiegokolwiek różnicę rasy, płci, języka, wyznania, poglądów, narodowości, pochodzenia społecznego, majątku, urodzenia czy jakiegokolwiek innego stanu. Pojęcie to w podobnym wymiarze pojawia się również w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych czy Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych(art.7).³
4. W Konwencji MOP nr 111 przez dyskryminację rozumie się „(...) wszelkie rozróżnienie, wyłączenie lub uprzywilejowanie oparte na rasie, kolorze skóry, płci, religii, poglądach politycznych, pochodzeniu narodowym lub społecznym, które powoduje zniweczenie albo naruszenie równości szans lub traktowania w zakresie zatrudnienia lub wykonywania zawodu oraz wszelkie inne rozróżnienie, wyłączenie lub uprzywilejowanie powodujące zniweczenie albo naruszenie równości szans lub traktowania w zakresie zatrudnienia lub wykonywania zawodu, które będzie mogło być wymienione przez zainteresowanego po zasięgnięciu opinii reprezentatywnych organizacji pracodawców i pracowników, o ile takie istnieją, oraz innych właściwych organizacji.”⁴ Wyłączono z zakresu tej definicji takie rozróżnienia, które opierają się na kwalifikacjach wymaganych na dane stanowisko pracy.
5. Zakaz dyskryminacji wyraźnie artykułuje także Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Odnosi się on do ustanowionych w samej Konwencji praw i wolności, z których korzystanie powinno być wolne od dyskryminacji ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, język, religię, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn.
6. W perspektywie europejskiej warto odnieść pojęcie zakazu dyskryminacji do art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zasada ta pojawia się także w wielu dokumentach Rady Europy. Szczegółowe unormowania znajdują się jednak głównie w przepisach unijnych, które zawierają zamknięty katalog przyczyn dyskryminacyjnych. Dyrektywy unijne wskazują na płeć, orientację seksualną, niepełnosprawność, wiek, religię, przekonania, pochodzenie rasowe lub etniczne. Z kolei w rozumieniu art. 21 Karty Praw Podstawowych zakaz dyskryminacji odnosi w szczególności do zróżnicowania ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie

² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 29 września 1997 roku, K 15/97, LEX nr 30764

³ M. Derlacz – Wawrowska, M. Latos – Miłkowska, Kodeks pracy. Komentarz w perspektywie europejskiej i międzynarodowej., LEX nr 8967

⁴ K. Jaśkowski, E. Maniewska, Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy, LEX nr 10244



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Co istotne zasadę niedyskryminacji TS UE uznał za ogólną zasadę prawa unijnego, co powoduje możliwość powoływania się na nią w stosunkach horyzontalnych.⁵

7. Za istotne należy uznać również postanowienia Europejskiej Karty Społecznej oraz Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej. Już w preambule EKS stwierdzono, że „korzystania z praw społecznych powinno być zapewnione bez dyskryminacji ze względu na rasę, kolor, płeć, religię, poglądy polityczne, pochodzenie narodowe lub społeczne”. Szczegółowe regulacje dotyczące zakazu dyskryminacji zostały uregulowane w protokole dodatkowym z 1988 do Europejskiej Karty Społecznej oraz w art. 20 Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej. Postanowienia te nakazują władzom tych państw uznać prawo pracowników do równych szans i do równego traktowania w sprawach zatrudnienia i wykonywania zawodu, jak też zabronić dyskryminacji ze względu na płeć w zakresie:

- dostępu do zatrudnienia, ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy i reintegracji zawodowej,
- poradnictwa i szkolenia zawodowego, przekwalifikowania i readaptacji zawodowej
- warunków zatrudnienia i pracy, w tym wynagradzania, przebiegu kariery zawodowej, włącznie z awansami na wyższe stanowiska.

8. W toku interpretacji tych przepisów Europejski Komitet Praw Społecznych stwierdził, że państwa członkowskie są zobowiązane do: wprowadzenia do krajowego porządku prawa pracy obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania pracowników w stosunkach zatrudnienia i wykonywania zawodu oraz ustanowienia zakazu dyskryminowania pracowników ze względu na płeć. Państwa członkowskie powinny również podjąć stosowne działania w celu zapewnienia skutecznej ochrony prawa pracowników do równego traktowania. Wreszcie przepisy obu Kart nakładają obowiązek opracowania programów realizacji polityki równego traktowania pracowników i podejmowania odpowiednich działań z myślą o wprowadzeniu tych programów w życie.⁶ W ocenie Europejskiego Komitetu Praw Społecznych zasada niedyskryminacji powinna dotyczyć wszystkich warunków zatrudnienia. Przy czym warunki zatrudnienia pojmuje on w sposób szeroki, jako odnoszące się do wszystkich praw i sytuacji, w jakich znajduje się osoby świadcząc pracę w ramach stosunku pracy, z wyjątkiem zabezpieczenia społecznego i innych świadczeń dla

⁵ A. Śledzińska-Simon, Zasada równości i zasad niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej, Studia BAS 2011, nr 2 (26), s. 41-86

⁶ Conclusions of European Committee of Social Rights XIII-5, s. 253



bezrobotnych, świadczeń emerytalnych i innych świadczeń dla bezrobotnych, świadczeń emerytalnych i świadczeń przysługujących po śmierci rodziny.⁷

9. Postanowienia Karty zobowiązują również do wprowadzenia środków prawnych mających umożliwić jednostkom ochronę przysługujących im praw w zakresie zakazu dyskryminacji. Państwa powinny wyposażyć organy wymiaru sprawiedliwości (sądów pracy) w prawo do uchylania lub uznania za nieważne przepisów prawa, postanowień układów zbiorowych pracy oraz postanowień umownych sprzecznych z zasadą równego traktowania pracowników bez względu na płeć. Komitet przyjął również że organizacje związkowe powinny być uprawnione do wszczynania postępowania sądowego w indywidualnych sprawach pracowniczych jak też wstępowania do już toczących się postępowań oraz wnoszenia pozwów zbiorowych w imieniu pracowników zainteresowanych w ustaleniu, że określone postanowienia regulujące warunki zatrudnienia są nieważne jako sprzeczne z zasadą równego traktowania pracowników bez względu na płeć.⁸
10. W doktrynie wskazano, że art. 20 Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej ma charakter normy progresywnej, która zobowiązuje państwa członkowskie do podejmowania działań w sferach wskazanych w tym przepisie.⁹
11. Pojęcie zakazu dyskryminacji szczegółowo uregulowano w Kodeksie pracy. Każdy pracownik ma równe prawa przy założeniu wypełniania takich samych obowiązków. Równość jest w tym wypadku rozpatrywana na płaszczyźnie rodzaju pracy, zakresu obowiązków i sposobu ich realizacji przez pracownika. Kodeks pracy zakazuje w szczególności dyskryminacji ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Zasada niedyskryminacji wyklucza różnicowanie sytuacji pracownika z przyczyn dyskryminujących, jeżeli skutkiem jest niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia, warunków zatrudnienia, faworyzowanie jednych względem drugich przy dostępie do świadczeń związanych z pracą czy awansach.
12. Granicą dla uznania danej sytuacji za złamanie zakazu dyskryminacji jest usprawiedliwienie czy dostateczne, obiektywne uzasadnienie podstaw różnicowania. Na takim stanowisku stoi również orzecznictwo podnosząc, że: „zasada

⁷ Explanatory report to the 1988 Additional Protocol, European Social Charter, collected texts, Strasbourg 2015, s. 129

⁸ Conclusions of European Committee of Social Rights XIII-5, s. 255

⁹ A.M. Świątkowski, Karta Praw Społecznych Rady Europy, Warszawa 2006, s. 239



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

niedyskryminacji, będąca kwalifikowaną postacią nierównego traktowania, oznacza nieusprawiedliwione obiektywnymi powodami gorsze traktowanie pracowników ze względu na cechy lub właściwości dotyczące ich osoby i istotne ze społecznego punktu widzenia, a przykładowo wymienione w art. 18^{3a} § 1 k.p., bądź ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy, które to przesłanki określane są jako przyczyna, podstawa lub kryterium dyskryminacji. Inaczej rzecz ujmując, za dyskryminację w zatrudnieniu uważa się niedopuszczalne różnicowanie sytuacji prawnej pracowników według negatywnych i zakazanych kryteriów. Nie stanowi natomiast dyskryminacji nierówność niepoddyktowana przyczynami uznanymi za dyskryminujące, nawet jeżeli pracodawcy można przypisać naruszenie zasady równego traktowania.”¹⁰ Podobną tezę przedstawił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 23 czerwca 2010 roku, wskazując, że: „Przepis art. 18(3a) § 1 KP zawiera nakaz równego traktowania bez względu na wymienione w nim przyczyny dyskryminacji. Nakaz równego traktowania oznacza, że pracownicy znajdujący się w podobnej (analogicznej) sytuacji powinni być podobnie (analogicznie) potraktowani przez pracodawcę. Jednocześnie osoby znajdujące się w innej sytuacji faktycznej i prawnej mogą zostać potraktowane odmiennie.”¹¹

13. Należy podkreślić, że zakaz dyskryminacji ma zastosowanie do wszystkich podmiotów świadczących pracę na podstawie polskiego prawa pracy.¹²

II. Aksjologia zakazu dyskryminacji

14. Dość powszechnie podnosi się, że źródeł równości (a więc zasadzie, którą zakaz dyskryminacji ma realizować) należy poszukiwać w godności człowieka. W opinii Trybunału Konstytucyjnego niezbywalna i przyrodzona godność człowieka jest źródłem wszystkich wolności i praw.¹³ W etyce wyróżnia się trzy podstawowe rozumienia pojęcia godności. Po pierwsze godność można pojmować jako wartość przysługującą każdemu bez wyjątku człowiekowi. Bycie człowiekiem w sposób immanentny wiąże się z posiadaniem godności, co oznacza że człowiek jest celem samym w sobie. W efekcie godność jest przymiotem przysługującym każdej osobie ludzkiej.¹⁴ Odnośnie tego rozumienia pojęcia godności używa się pojęcia godności człowieka lub godności ludzkiej. Po drugie godność traktowana jest jako szczególna właściwość człowieka wyrażającym się w szacunku do samego siebie jak

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 4 czerwca 2008 roku, II PK 292/07, LEX nr 523210

¹¹ Postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 23 czerwca 2010 r., II PK 53/10, niepubl.

¹² F. Małyś, Równe traktowanie pracowników jako jedna z podstawowych zasad prawa pracy, Sł.Prac. Nr 7/2002

¹³ Wyrok TK z 29 maja 2001, K 5/01, OTK 2001 nr 4, poz. 87

¹⁴ M. Drwięga, O kilku relacjach między etyką a prawem [w:] Etyka i praworządność pod red. J. Pawlica, Kraków 1998, s. 61-66



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

też prawa do szacunku ze strony innych osób.¹⁵ Wreszcie przez godność można rozumieć jako pełnienie określonej roli lub funkcji społecznej w danych uwarunkowaniach polityczno-społecznych.¹⁶

- 15.** Dla przedstawienia postaw aksjologicznych zakazu dyskryminacji podstawowe znaczenie ma pojęcie godność w pierwszym z przedstawionych zapatrywań, określana mianem godności osobowej. W doktrynie wskazuje się, że jest to wartość, którą należy utożsamiać z człowiekiem i jego człowieczeństwem.¹⁷ Jest to przymiot niezbywalny, który przysługuje każdej jednostce. Człowiek nie może zrzec się godności osobowej ani nie może być przez nikogo jej pozbawiony. Przyjmuje się, że godność nadaje człowiekowi zdolność do zachowań o kwalifikacji moralnej, a tym samym do bycia odpowiedzialnym za kultuwanie wartości moralnych.¹⁸ Słusznie L. Mitrus podnosi, że godność człowieka powinna stanowić aksjologiczny fundament działań ustawodawcy w sferze prawa pracy i jest niezbędną przesłaną upodmiotowienia pracownika.¹⁹
- 16.** Konstytucyjna zasada równości i zakazu dyskryminacji pozostaje również w ścisłym związku z zasadą sprawiedliwości. Przyjmuje się, że na gruncie postanowień Konstytucji „sprawiedliwości społecznej” należy postrzegać w jej dystrybucyjnym (rozdzielczym) ujęciu. W doktrynie uznaje się, że sprawiedliwość społeczna stanowi miarę za pomocą której należy oceniać rozdzielcze aspekty fundamentalnej struktury społeczeństwa. Jak zauważa J. Rawlsa wszelkie sporne wartości - wolność i możliwości, dochód i bogactwo oraz podstawy szacunku dla samego siebie - mają być równo rozdzielone, chyba że nierówna dystrybucja jakiegokolwiek (czy też wszystkich) spośród tych wartości jest korzystna dla każdego.²⁰ Trybunał Konstytucyjny interpretuje sprawiedliwość społeczną w połączeniu z pojęciem równości przyjmując, że jeżeli w podziale dóbr i związanym z tym podziale ludzi występują niesprawiedliwe różnice, wówczas różnice te uważane są za nierówność. Sprawiedliwość jest przeciwieństwem arbitralności, wymaga bowiem aby zróżnicowanie poszczególnych ludzi pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w sytuacji tych ludzi²¹.

¹⁵ H. Szewczyk, *Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu*, Warszawa 2007, s. 34

¹⁶ P. Dutkiewicz, *Problemy aksjologiczne podstaw prawa we współczesne polskiej filozofii i teorii prawa*, Kraków 1996, s. 103

¹⁷ A. Dylus, *Godność człowieka w procesie pracy [w:] Godność pracownika kategorią prawa pracy*, Warszawa 2001, s. 17

¹⁸ T. Czarnik, *Prawo i jego podstawy moralne [w:] Etyka a prawo o praworządność*, pod red. J. Pawlica, Kraków 1998, s. 77-82.

¹⁹ L. Mitrus, *Godność jako podstawa aksjologiczna praw pracowniczych [w:] Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, pod red. M. Skąpskiego, K. Ślebzaka, Poznań 2014, s. 140

²⁰ J. Rawlsa. *(Teoria sprawiedliwości)*, PWN 1994 s. 89; St. Biernat, *Problemy prawne sprawiedliwego rozdziału dóbr przez państwo*, Kraków 1985 s. 49 i nast

²¹ Wyrok TK z 22 sierpnia 1990 r., sygn. K 7/90, OTK z 1990 r. poz. 5 s.53



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

17. Z punktu widzenia aksjologii należy zauważyć, że zasada sprawiedliwości powinna być postrzegana jako fundament zasady równości i niedyskryminacji. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego istnieje ścisły związek między równością a sprawiedliwością w prawie: *„jeżeli w podziale dóbr (przyznawaniu praw) i związanym z tym podziałem podmiotów prawa występują niesprawiedliwe różnice, wówczas różnice te uważane są za nierówności. Sprawiedliwość wymaga, aby zróżnicowanie prawne poszczególnych podmiotów (ich kategorii) pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w sytuacji tych podmiotów. Wyrażona w ten sposób sprawiedliwość rozdzielcza oznacza, że równych należy traktować równo, a podobnych należy traktować podobnie z tym, że w tym drugim przypadku powinno się uwzględniać w jakim stopniu u poszczególnych podmiotów (kategorii osób) występują pewne cechy, które powinny być brane pod uwagę w procesie rozdziału pewnych dóbr (praw). Wymieniona zasada zakłada istnienie proporcji między istotnymi cechami poszczególnych kategorii osób a należnym im traktowaniem (zasada relewantności).”*²² Można nawet pokusić się o stwierdzenie, że zasada równości jest zasadą szczegółową konkretyzującą ogólną zasadę sprawiedliwości społecznej.²³
18. Zasada sprawiedliwości stanowi czynnik ograniczający możliwość traktowania wszystkich w sposób jednakowy. Innymi słowy sprawiedliwość wyznacza granicę pomiędzy równym traktowaniem a nieuprawnionym uprzywilejowaniem. Jeżeli potraktowanie w sposób jednakowy określonych podmiotów naruszałoby zasadę sprawiedliwości wówczas należy uznać, że może mieć miejsce nierówność (np. w formie dyskryminacji).
19. Aksjologii zakazu dyskryminacji należy poszukiwać również w dążeniu do ochrony zdrowia osoby wykonującej pracę. Obecnie nie budzi już wątpliwości, że przedmiotem ochrony prawnej w prawie pracy jest zdrowie i życie osób zatrudnionych.²⁴ W art. 207 k.p. jednoznacznie wskazano, że do obowiązków pracodawcy należy ochrona życia i zdrowia pracownika.²⁵ Taka regulacja znajduje potwierdzenie w założeniu, że życie jest niepodważalnym dobrem każdego człowieka. Prawo to jako prawo każdej jednostki zostało zagwarantowane przez przepisy Konstytucji, jak i uznane za dobro osobiste chronione przepisami Kodeksu cywilnego (art. 23 k.c.). W literaturze wskazuje się pracownicze prawo do ochrony

²² Wyrok TK z 6 kwietnia 1993, K 7/92, OTK 1993/1/7

²³ Por. tk wyrok TK z 19 lutego 2001, SK 14/00, OTK 2001 nr 2, poz. 31, odmiennie TK w wyroku z 24 kwietnia 2002, P 5/01, OTK A 2002, Nr 3, poz. 28, gdzie stwierdził „Zada sprawiedliwości społecznej, uzupełnia, (...), zasadę wyrażoną w art. 32 Konstytucji. Nie jest jednak zasadne utożsamianie obu tych zasad. Nie każde bowiem nierówne traktowanie stanowi jednocześnie naruszenie zasady równości i zasady sprawiedliwości społecznej. Uzupełniający, a ściślej rzecz ujmując - korygujący charakter reguły wyrażonej w art. 2 Konstytucji polega na tym, iż może ona uzasadniać odstępstwo od wyrażonej w art. 32 zasady równego traktowania. W konsekwencji z naruszeniem tej ostatniej mamy do czynienia wówczas, gdy brak jest uzasadnień dla odstępstwa od równego traktowania, a więc gdy zróżnicowanie pewnych kategorii podmiotów nie znajduje uzasadnienia na gruncie art. 2 Konstytucji

²⁴ H. Szewczyk, Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu, Warszawa 2007, s. 439

²⁵ A.M. Świątkowski, Bezpieczeństwo i higiena pracy, Kraków 2003, s. 7.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

życia i zdrowia jest prawem samodzielnym i odrębnym od powszechnego prawa ochrony zdrowia przysługującej każdemu obywatelowi. Prawo do jest opatrzone systemem gwarancji obejmujące zarówno przepisy kodeksowe jak i podstawowe przyznające uprawnienia zarówno pracownikom jak i środki stosowane przez państwo i pracodawcę.²⁶ W szczególności istotne są tu przepisy regulujące zasady i normy bezpieczeństwa i higieny pracy, które należy uznać za służebne w stosunku do prawa gwarantującą ochronę zdrowia pracowników.²⁷

20. Warto podkreślić, że instytucja zdrowia jako przedmiotu ochrony jest rozumiana w sposób szeroki. Obejmuje ona nie tylko wyłącznie brak choroby lub niedomagania ale stan pełnego, dobrego samopoczucia fizycznego, umysłowego i społecznego. W szczególności termin zdrowia obejmują również kategoria „spokoju psychicznego”.²⁸
21. Dyskryminacja (podobnie zresztą jak mobbing) może prowadzić do istotnego pogorszenia stanu zdrowia. Prawo powinno gwarantować mechanizmy eliminujące tego typu ryzyko lub minimalizujące jego wystąpienie. Takim mechanizmem jest niewątpliwie zakaz dyskryminacji. Ustanawia on bowiem ramy dozwolonego działania pracodawcy tym samym zakazując działań, które mogłyby prowadzić do uszczerbku w stanie zdrowia zatrudnionego.
22. A. Sobczyk słusznie zauważa, że zakaz dyskryminacji ma na celu ochronę pracowników przed wykluczeniem oraz dążenie do integracji.²⁹ Ten pierwszy element w sposób niewątpliwy ma swoje podłoże w omówionej już zasadzie sprawiedliwości. Drugi natomiast (integracja z załogą) wskazuje na inny istotny element aksjologicznych podstaw zakazu dyskryminacji jakim jest dążenie do budowania wspólnoty wśród pracowników zatrudnianych przez pracodawcę czy szerzej świadczących na jego rzecz pracę.
23. W literaturze zajmującej się problematyką zakazu dyskryminacji zwraca się uwagę, że normy regulujące tą instytucję mają sprzyjać jak największej produktywności i wydajności przedsiębiorstwa pracodawcy.³⁰ Autorzy ci podkreślają, że pracodawca

²⁶ T. Wyka, Ochrona zdrowia i życia pracownika jako element treści stosunku pracy, Warszawa 2003, s. 146-150, T. Wyka, Bezpieczeństwo i higiena pracy po nowelizacji prawa pracy, Warszawa 1999, s. 55-70.

²⁷ T. Wyka, Bezpieczeństwo i higiena pracy po nowelizacji prawa pracy, Warszawa 1999, s. 61 i n., W. Leszczyński, K. Zakrzewska-Szczepańska, Bezpieczeństwo i higiena pracy. Komentarz, Warszawa 1999, s. 64-65.

²⁸ Z. Woźnik, W stronę zdrowia społeczności socjologiczny kontekst nowej polityki zdrowotnej, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2004, nr 1, s. 161-163,

²⁹ Odmienne jednak A. Sobczyk Prawo pracy w świetle Konstytucji RP, Tom II Wybrane problemy i instytucje prawa pracy a konstytucyjne prawa i wolności człowieka, Warszawa 2013, s. 111

³⁰ A. Winiarska, W. Klaus, Dyskryminacja i nierówne traktowanie jako zjawisko społeczno-kulturowe [w:] Zasada równości i zasada niedyskryminacji, Studia BAS nr 2(26) 2011 pod red. B. Kłós i J. Szymańczak, s. 30



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

kierujący się w procesie rekrutacji uprzedzeniami, zmniejsza wydajność swojego przedsiębiorstwa, gdyż już na wstępie pozbawia się potencjalnie bardzo dobrych kandydatów na pracowników, odmawiając ich zatrudnienia wyłącznie ze względu na posiadanie przez nie określonej cechy, niezależnie od poziomu umiejętności czy wykształcenia.³¹ Jak wynika z przeprowadzonych badań w tych zakładach gdzie występuje dyskryminacja motywacja pracowników do pracy jest obniżona. Zniechęceni są oni również do podnoszenia swoich kwalifikacji, a sam zakład pracy postrzegany jest jako gorsze i mniej przyjazne miejsce pracy. Konsekwencją tych czynników jest obniżenie produktywności i efektywności pracy pracowników zatrudnionych w takim podmiocie.³²

24. Słusznie wskazuje się również, że zachowania dyskryminujące negatywnie oddziałują na gospodarkę.³³ Dyskryminacja często prowadzi do negatywnych skutków w obszarze psychiki pracownika i w efekcie prowadzi do zwiększenia się liczby absencji w pracy. Spostrzeżenia te prowadzą do wniosku, że podstaw zakazu dyskryminacji nie należy poszukiwać wyłącznie w wartościach odwołujących się do praw jednostki. Jest on również motywowany czynnikami odnoszącymi się do funkcjonowania pracodawców jako podmiotów gospodarczych czy wręcz funkcjonowania gospodarki jako całości. Choć oczywiście trudno uznać aspekt ekonomiczny jako paradygmat przyczyn ustanowienia zakazu dyskryminacji, to jednak z punktu widzenia aksjologii nie można go pomijać. Choć w obszarze filozofii czynnik ten nie znajduje miejsca to jednak z praktycznego punktu widzenia odgrywa niewątpliwie istotną rolę. Zakwalifikowanie dążenia do zwiększenia wydajności i produktywności przedsiębiorstwa pracodawcy, a w konsekwencji do rozwoju gospodarki jako jedno z podstaw aksjologicznych zakazu dyskryminacji uznaje za słuszne. Włącza on do myślenia o kierunku prawa pracy czynnik ekonomiczny, który niezwykle często jest ograniczany (czy wręcz pomijany) na rzecz koncepcji odwołujących się do praw człowieka. Jakkolwiek ten ostatni element ma charakter niezwykle istotny to jednak kierowanie się nim nie może prowadzić do wyeliminowania czynników ekonomicznych i społecznych przy określaniu kierunku rozwoju prawa pracy.

III. Funkcje odpowiedzialności za dyskryminację

³¹ A. Winiarska, W. Klaus, Dyskryminacja i nierówne traktowanie jako zjawisko społeczno-kulturowe [w:] Zasada równości i zasada niedyskryminacji, Studia BAS nr 2(26) 2011 pod red. B. Kłós i J. Szymańczak, s. 30

³² L. Lewandowska, M. Nawrocki, Skutki mobbingu i dyskryminacji dla pracowników pracodawców, społeczeństwa, Monitor Prawa Pracy Nr 10,

³³ A. Winiarska, W. Klaus, Dyskryminacja i nierówne traktowanie jako zjawisko społeczno-kulturowe [w:] Zasada równości i zasada niedyskryminacji, Studia BAS nr 2(26) 2011 pod red. B. Kłós i J. Szymańczak, s. 30-31



25. Odpowiedzialność za złamanie zakazu dyskryminacji w prawie pracy spełnia według orzecznictwa i judykatury funkcję zadośćuczynienia, represyjną i prewencyjną. Wnioski takie wysnuć można przede wszystkim z przepisów regulujących przesłanki odpowiedzialności za dyskryminację jak i z przepisu statuującego sankcję za złamanie zakazu.³⁴
26. Sąd Najwyższy zwraca uwagę między innymi na to, że: „Odszkodowanie, o którym mowa w art. 18(3d) KP, obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika.”³⁵ Ma być zatem formą wyrównania poniesionych przez osobę dyskryminowaną szkód i krzywd.
27. O funkcjach odpowiedzialności wnioskować można również z tezy Sądu Najwyższego, zgodnie z którą: „Jeżeli odszkodowanie za dyskryminację ustalone na podstawie art. 361 § 2 KC jest zgodnie z europejskim prawem pracy odpowiednio „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające”, to z art. 18(3d) KP nie wynika prawo pracownika do odrębnego zadośćuczynienia.”³⁶ W powyższym wyroku możemy również przeczytać, iż: „Odszkodowanie powinno wyrównywać uszczerbek poniesiony przez pracownika, powinna być zachowana odpowiednia proporcja między odszkodowaniem a naruszeniem przez pracodawcę obowiązku równego traktowania pracowników, a także odszkodowanie powinno działać prewencyjnie. Ustalając jego wysokość należy więc brać pod uwagę okoliczności dotyczące obu stron stosunku pracy, zwłaszcza do odszkodowania mającego wyrównać szkodę niemajątkową pracownika, będącego - według przyjętej w Polsce nomenklatury - zadośćuczynieniem za krzywdę.”³⁷ Sąd Najwyższy wyraźnie wskazuje w uzasadnieniu wyroku na prewencję jako jedną z funkcji. Nawiązuje także do funkcji represyjnej – poprzez niezależność od istnienia szkody. Charakter prewencyjny z kolei wyłania się z wymogów skuteczności i odstraszania.

IV. Regulacje odpowiedzialności za naruszenie zakazu dyskryminacji

IV.1 Odpowiedzialność za naruszenie zakazu dyskryminacji na gruncie Kodeksu pracy

³⁴ K. Jaśkowski, *Kilka uwag o odszkodowaniu za dyskryminację pracownika*, w: *Z aktualnych zagadnień prawa pracy i zabezpieczenia społecznego: Księga Jubileuszowa Profesora Waleriana Sanetry* pod red. B. Cudowski, J. Iwulski, s. 173

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, OSN IAPiUS 2010, Nr 13-14, poz. 160, str. 548.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, LEX nr 584928

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, OSN IAPiUS 2010, Nr 13-14, poz. 160, str. 548.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

- 28.** Zgodnie z art. 18^{3d} KP osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Odszkodowania można się domagać przed sądem pracy.
- 29.** Warto zauważyć, że Kodeks pracy ustalił minimalną wartość odszkodowania, która przysługuje w przypadku zaistnienia dyskryminacji a niezależnie od powstania szkody. Wysokość odszkodowania ma być zatem nie niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalone na podstawie odrębnych przepisów.
- 30.** W wyroku Sądu Najwyższego wskazał, że: *„Skutek naruszenia przez pracodawcę zasady równego traktowania pracowników z zatrudnieniu nie ma znaczenia dla istoty jego odpowiedzialności, gdyż samo to naruszenie jest sankcjonowane prawem pracownika do minimalnego odszkodowania, określonego w art. 18^{3d} k.p. Natomiast niekorzystne dla pracownika skutki tego naruszenia prawa przez pracodawcę mają wpływ na wysokość odszkodowania, jeżeli uszczerbek, którego doznał pracownik, przekracza wartość odszkodowania minimalnego.”*³⁸ Przesłanką odpowiedzialności jest bezprawność zachowania polegającego na naruszeniu zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu. Zatem Kodeks pracy nie wprowadza jako przesłanki powstania szkody. Jest to zatem konstrukcja odmienna od przyjętej przez Kodeks cywilny. W doktrynie można się spotkać jednak z odmiennymi poglądami.³⁹
- 31.** Brak jest regulacji dotyczących maksymalnego pułapu, jakiego może się domagać pracownik. Kwestia ta powinna być ustalana ad casum. Pracownik może dochodzić wszelkich szkód, które poniósł, jak również może domagać się zapłaty różnicy w wynagrodzeniu, jeżeli jego wysokość była zaniżona w wyniku działań dyskryminacyjnych. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z 22 lutego 2007 r.: *„W przypadku naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu w zakresie wysokości wynagrodzenia w przeszłości (zwłaszcza po rozwiązaniu stosunku pracy) pracownik może dochodzić odszkodowania w wysokości różnicy między wynagrodzeniem, jakie powinien otrzymywać bez naruszenia zasady równego traktowania a wynagrodzeniem rzeczywiście otrzymanym.”*⁴⁰
- 32.** Z uwagi na funkcje odszkodowania przyjęcie do ustalenia jego wysokości kwoty najwyższego wynagrodzenia przyznanego pracownikom wykonującym pracę taką samą lub takiej samej wartości może być dopuszczalne, jeżeli jest to niezbędne do tego, aby odszkodowanie było skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające. Trzeba jednak mieć na uwadze, że także w tym przypadku, czyli przy porównywaniu wynagrodzenia pracownika dochodzącego odszkodowania z wynagrodzeniem najwyższej wynagradzanych pracowników przyjętym jako punkt odniesienia do ustalenia wysokości odszkodowania należy uwzględnić sumy wszystkich składników

³⁸ Wyrok SN z dnia 14 lutego 2013 r., III PK 31/12, LEX nr 1380964

³⁹ T. Liszcz, Odpowiedzialność odszkodowawcza pracodawcy wobec pracownika cz. 2, Praca i Zabezpieczenie Społeczne, 2009 nr 1, s. 2

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 22 lutego 2007 r., I PK 242/06, LEX nr 375544



ich wynagrodzeń (pieniężnych i niepieniężnych): szkodę stanowi wówczas różnica między całym wynagrodzeniem pracownika dochodzącego odszkodowanie a całym wynagrodzeniem pracownika najwyżej wynagradzanego lub średnim wynagrodzeniem obliczonym na podstawie całych wynagrodzeń wszystkich członków grupy pracowników o najwyższych wynagrodzeniach.⁴¹

- 33.** Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że: *„Odszkodowanie obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika. Jeżeli dyskryminacja pracownika nie powoduje szkody majątkowej lub szkoda ta jest niższa od minimalnego wynagrodzenia, to pracownik ma prawo do odszkodowania (będącego - odpowiednio - tylko zadośćuczynieniem lub częściowo także odszkodowaniem sensu stricto).”⁴²*
- 34.** W przypadku, gdy szkoda majątkowa powstaje odpowiedzialność obejmuje zarówno *damnum emergens* jak i *lucrum cessans*. Jak wskazano w orzecznictwie *„W razie stwierdzenia odpowiedzialności pozwanego powódka nabywa prawo do odszkodowania przewidzianego w art. 18(3d) KP. Jej szkoda majątkowa polega wówczas na utracie spodziewanych korzyści w postaci dodatku przysługującego przewodniczącej wydziału. Chodzi tu - tak jak w prawie cywilnym - o utratę korzyści, która rzeczywiście nastąpiła, a nie tylko teoretycznie mogłaby nastąpić. Z zastrzeżeniem ustawowych wyjątków wyłącza to zasadność żądania zasądzenia odszkodowania za okres po wyrokowaniu”⁴³*
- 35.** W orzecznictwie trybunału luksemburskiego podkreśla się, że sankcje za naruszenie zakazu dyskryminacji powinny być skuteczne, proporcjonalne i dolegliwe. Tak wskazał między innymi TS UE w sprawie C 14/83 Colson i Kamann przeciwko Nadrenii Północnej Westfalii. Podkreślił wymóg adekwatności co do zastosowanych sankcji wobec dyskryminującego.⁴⁴ Ponadto Sąd Najwyższy podkreśla, że: *„Przepis art. 18(3d) KP nie jest podstawą zasądzenia odszkodowania za szkodę mogącą wystąpić w przyszłości.”⁴⁵*
- 36.** Należy zauważyć, że dyskryminacja może być dokonana nie tylko przez działanie ale i poprzez zaniechanie. Ponadto Kodeks pracy nie ogranicza się do ochrony wyłącznie pracownika, a wskazuje, że zakaz dyskryminacji dotyczy „osoby”. Zatem osoby, którym pracodawca odmówił zatrudnienia bądź też nie są już pracownikami z jakiegóż przyczyny również mogą dochodzić odszkodowania. Roszczenie może więc przysługiwać osobom, które współpracują z pracodawcą na podstawie innej niż stosunek pracy np. cywilnoprawnej.

⁴¹ Wyrok SN z dnia 6 czerwca 2012 r., III PK 81/11, LEX nr 1318418

⁴² Wyrok Sądu najwyższego z 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, LEX nr 584928

⁴³ Wyrok Sądu najwyższego z 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, LEX nr 584928

⁴⁴ http://curia.europa.eu/arrets/TRA-DOC-PL-ARRET-C-0014-1983-200407000-05_02.html

⁴⁵ Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, OSN IAPiUS 2010, Nr 13-14, poz. 160, str. 548.



- 37.** Zgodnie z Kodeksem Pracy roszczenie należy skierować przeciwko pracodawcy. Na gruncie przepisów kodeksowych nie ma zatem możliwości dochodzenia odszkodowania od innych podmiotów dyskryminujących, takich jak inny pracownik czy przełożony.
- 38.** W orzecznictwie zwraca się uwagę także na aspekt przedawnienia roszczenia z art. 18^{3d} Kodeksu pracy. Sąd Najwyższy argumentuje, że: *„Rozwiązanie stosunku pracy nie ma znaczenia dla początku biegu przedawnienia roszczenia o odszkodowanie z art. 18^{3d} KP. Oznacza to, że termin przedawnienia roszczenia opartego na przepisie art. 18^{3d} KP rozpoczyna się dopiero z ujawnieniem się szkody na osobie. Nie ma znaczenia, czy dowiedzenie się o szkodzie nastąpi w trakcie czy po zakończeniu trwania stosunku pracy. Reguła wyznaczania biegu terminu przedawnienia została wyrażona przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 1 września 2006 r., SK 14/05 (Dz. U. Nr 164, poz. 1166, OTK-A Nr 8/2006, poz. 97), który podkreślił, że przedawnienie rozpoczyna swój bieg od chwili ujawnienia się szkody, nie zaś od zdarzenia, które ją wywołało.”*⁴⁶ Zatem termin przedawnienia roszczenia pracowniczego z tytułu naruszenia zakazu dyskryminacji nie może rozpocząć się wcześniej niż szkoda na osobie, która z kolei może ujawnić się po rozwiązaniu stosunku pracy.
- 39.** Dużym ułatwieniem dla pracownika w dochodzeniu odszkodowania jest przesunięcie ciężaru dowodowego na pracodawcę. Jednakże, jak wskazuje Sąd Najwyższy *„przeniesiony ciężar dowodu w sprawach o dyskryminację dotyczy jedynie bezprawności zachowania”*⁴⁷ Wskazuje się również, że *„W przypadku zastosowania zasady odwróconego ciężaru dowodu, dowód z testów dyskryminacyjnych będzie wykorzystywany na dalszym etapie procesowym, gdyż w pierwszym rzędzie to pozwany (np. pracodawca) ma wykazać, że nie naruszył zasady równego traktowania. Powód (pracownik), gdyby chciał podważyć dowody przedstawione przez pozwanego pracodawcę, może zgłosić wniosek dowodowy np. w postaci testu dyskryminacyjnego. Wydaje się bowiem, że stosowanie tego dowodu wyłącznie jako środka mającego uprawdopodobnić fakt dyskryminacji (przed właściwym postępowaniem dowodowym) jest niecelowe, jako sprzeczne z zasadą ekonomii procesowej (może się bowiem okazać, że pracodawca nie jest w stanie udowodnić swoich racji).”*⁴⁸
- 40.** Z kolei art. 18^{3e} Kodeksu pracy chroni pracownika przed negatywnymi skutkami skorzystania ze środków ochrony przysługujących w przypadku dyskryminacji.

⁴⁶ Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 3 lutego 2009 r., I PK 156/08, Monitor Prawa Pracy rok 2009, Nr 6, str. 311

⁴⁷ Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08, OSN IAPiUS 2010, Nr 13-14, poz. 160, str. 548.

⁴⁸ K. Wencel, *Owoc zatrutego drzewa? Situation testing jako dowód w sprawach o dyskryminację.*, LEX nr 132058



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

Skorzystanie przez pracownika z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie może być podstawą niekorzystnego traktowania pracownika, a także nie może powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec pracownika, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy lub jego rozwiązanie bez wypowiedzenia. Zasada ta odnosi się również do osób wspierających w tej sytuacji bezpośrednio dyskryminowanego.

41. Innym środkiem ochrony, który może w tym przypadku znaleźć zastosowanie jest art. 55 § 1¹ Kodeksu pracy, zgodnie z którym pracownik może rozwiązać umowę o pracę, w sytuacji, gdy praktyki dyskryminacyjne pracodawcy można uznać za ciężkie naruszenie jego obowiązków.⁴⁹

IV.2. Odpowiedzialność za naruszenie zakazu dyskryminacji na gruncie ustawy o z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania

42. Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania implementowała przyjęte w unijnych dyrektywach antidyskryminacyjnych zakaz dyskryminacji wobec osób, które świadczą pracę na innej podstawie niż stosunek pracy. Ustawa wprowadziła ochronę przed dyskryminacją w obszarach dotąd nią nie objętych przez Kodeks pracy.
43. Zgodnie z art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy zakazane jest nierówne traktowanie osób fizycznych ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej.
44. Z kolei art. 13 tej ustawy mówi o sankcji za naruszenie zasady równego traktowania. Osoba dyskryminowana może na podstawie tego aktu żądać odszkodowania na zasadach właściwych dla Kodeksu cywilnego. Prawo to przysługuje jednak nie dłużej niż 5 lat od zaistnienia zdarzenia stanowiącego naruszenie. Jak zauważa Sąd Najwyższy: „Odszkodowanie z art. 13 Ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania nie podlega rozróżnieniu na naprawienie szkody majątkowej i niemajątkowej (krzywdy). Kodeks cywilny wyraźnie rozróżnia w ustawie wdrożeniowej odpowiedzialność za szkodę majątkową i niemajątkową. Dlatego też gdyby ustawodawca w istocie zechciał odróżnić w ustawie wdrożeniowej

⁴⁹ M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski, Kodeks Pracy. Komentarz., Warszawa 2010, s.90



*odpowiedzialność za szkodę majątkową i za krzywdę zostałyby to rozróżnione już w samej treści przepisu.*⁵⁰

45. W ramach dochodzenia odszkodowania na podstawie tej ustawy osobie dyskryminowanej również przysługuje przywilej procesowy tzw. odwróconego ciężaru dowodu.

IV.3. Odpowiedzialność za naruszenie zakazu dyskryminacji na gruncie Kodeksu cywilnego

46. Zgodnie z art. 300 Kodeksu pracy w sytuacjach nieuregulowanych należy sięgnąć do Kodeksu cywilnego. W związku z brakiem regulacji w obrębie sankcji za złamanie zakazu niedyskryminacji w przypadkach pozakodeksowych, a do których się go stosuje, można postawić tezę o możliwości odwołania się w tym zakresie do art. 471 lub art. 415 Kodeksu cywilnego. Pierwszy z nich reguluje odpowiedzialność za niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie umowy, tj. zasady odpowiedzialności kontraktowej. Art. 415 KC odnosi się natomiast do odpowiedzialności deliktowej, tj. odpowiedzialność za szkodę spowodowaną czynem niedozwolonym.
47. Art. 415 KC został wykorzystany jako podstawa roszczenia o odszkodowanie za złamanie zakazu dyskryminacji w jednym z orzeczeń Sądu Najwyższego, gdzie wskazuje on, że: *„Kandydat do pracy zgłaszający się na ofertę pracodawcy dyskryminującą ze względu na płeć (art. 11³ KP), który nie został zatrudniony, może dochodzić odszkodowania w granicach tzw. ujemnego interesu (culpa in contrahendo) na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych (art. 415 KC).*⁵¹
48. Warto również wskazać, że dyskryminacja może być podstawą dochodzenia rekompensaty z tytułu naruszenia dóbr osobistych. Zgodnie z tezą Sądu Najwyższego: *„Dyskryminacja jest nieuchronnie związana z naruszeniem godności człowieka, której poszanowanie jest nakazem nie tylko prawnym (art. 30 Konstytucji RP; art. 113 Kodeksu pracy), lecz również moralnym.*⁵² W judykaturze i doktrynie nie jest jasne czy w przypadku, gdy dyskryminacja stanowi takie naruszenie przysługują środki właściwe tylko dla Kodeksu Pracy, czy też można odwołać się do Kodeksu Cywilnego. Wydaje się przeważać opinia, zgodnie z którą znajdzie w tym wypadku zastosowanie art. 24 Kodeksu cywilnego. Jest to w mojej ocenie stanowisko słuszne. Zatem pracownik, którego dobro zostało naruszone, może domagać się od naruszającego usunięcia skutków naruszenia i złożenia oświadczenia w odpowiedniej treści. Możliwe jest również żądanie zadośćuczynienia pieniężnego bądź zapłaty

⁵⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 listopada 2015 r., w sprawie V Ca 3611/14, niepublikowane

⁵¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 24 marca 2000 roku, I PKN 314/99, LEX nr 48110

⁵² Wyrok sądu Najwyższego z 11 kwietnia 2006, I PK 169/05, LEX nr 248044



odpowiedniej kwoty na cel społeczny. Odszkodowania można się domagać w sytuacji, gdy na skutek naruszenia dobra osobistego powstała szkoda.⁵³

49. Za możliwością powiązania odpowiedzialności za dyskryminację z naruszeniem dóbr osobistych opowiada się również doktryna. Tak na przykład K. Wencel wskazuje, że: *„Możliwe wydaje się wytoczenie powództwa z tytułu naruszenia swoich dóbr osobistych - godności - poprzez czyjeś dyskryminujące traktowanie. W tym przypadku jednak należy udowodnić naruszenie dobra osobistego, a pozwany winien wykazać bezprawność działania. Przy zastosowaniu zasady odwróconego ciężaru dowodu jest to jedynie uprawdopodobnienie naruszenia, a ze strony pozwanego obowiązek wykazania, że nie dopuścił się aktu dyskryminacji.”*⁵⁴
50. Doktryna stoi na stanowisku, że nie jest wykluczone skorzystanie w tym przypadku przez pracownika z powództwa o ustalenie istnienia stosunku pracy o określonej treści. Szczególne uzasadnione będzie to w sytuacji, gdy dyskryminacja dotyczy sfery wynagrodzenia, które pracodawca zaniżył.⁵⁵

V. Odpowiedzialność za dyskryminację pracowników tymczasowych i pracowników leasingowanych

V.1 Odpowiedzialność za działanie podmiotów trzecich – przykład brytyjski

51. Należy zauważyć, że w wielu systemach prawnych przewidziano odpowiedzialność pracodawcy leasingobiorcy za dyskryminację pracownika leasingowanego. Dobrym przykładem są tu regulacje brytyjskie. Kwestie dyskryminacji reguluje tam Equality Act z 2010. Zakazuje on dyskryminacji osób zatrudnionych na kontraktach (contract workers) przez końcowego użytkownika wykonywanych przez nich usług. Ten ostatnim określany jest mianem odbiorcy głównego (principal).
52. Prawo brytyjskie przez odbiorcę głównego rozumie podmiot który umożliwiania wykonywania pracy przez osobę (a) zatrudnioną przez inny podmiot i (b) delegowaną przez ten inny podmiot do wykonywania umowy, której odbiorca główny jest stroną (przy czym podmiot delegujący nie musi być stroną tego kontraktu)⁵⁶. Osoba zatrudniona na podstawie kontraktu jest definiowana jako osoba delegowana do odbiorcy głównego w celu realizacji kontaktu, której stroną jest odbiorca główny⁵⁷.

⁵³ M. Gersdorf, K. Rączka, M. Rączkowski, Kodeks Pracy. Komentarz., Warszawa 2010, s. 58

⁵⁴ K. Wencel, Owoc zatrudnego drzewa? Situation testing jako dowód w sprawach o dyskryminację., LEX nr 132058

⁵⁵ M. Gersdorf, K. Rączka, M. Rączkowski, Kodeks Pracy. Komentarz., Warszawa 2010, s.90

⁵⁶ sekcja 41(5) Equality Act

⁵⁷ sekcja 41(7) Equality Act



53. Zgodnie z sekcją 41 Equality Act odbiorcy głównemu nie wolno dyskryminować lub wiktyimizować osób zatrudnionych na kontraktach w zakresie:

- warunków na jakich odbiorca główny zezwala zatrudnionemu na kontrakcie wykonywanie jego pracy,
- w zakresie braku zezwolenia przez odbiorcę głównego wykonywanie albo kontynuowania pracy,
- w zakresie w jakim odbiorca główny przyznaje zatrudnionemu na kontrakcie dostęp (lub odmawia tego dostępu) do możliwości otrzymania świadczeń, korzystania z urządzeń lub usług (chodzi tu o usługi lub urządzenia udostępniane przez odbiorcę głównego).

54. Sekcja 41(2) Equality Act w sposób wyraźny stanowi, że odbiorca główny nie może molestować zatrudnionego na podstawie kontraktu. Co więcej ciąży na nim obowiązek poczynienia uzasadnionych udogodnień dla takiej osoby (obowiązek ten ponosi wspólnie z pracodawcą zatrudnionego na kontrakcie). W tym miejscu należy podkreślić, że odpowiedzialność odbiorcy głównego nie oznacza, że osoba zatrudniona na kontrakcie nie jest chroniona przed czynami mającymi przymiot dyskryminacji dokonany przez swojego pracodawcę. Przy czym w tym przypadku pracodawca ponosi odpowiedzialność za swoje własne czyny.

55. W paragrafie 148 Explanatory Notes (swego rodzaju uzasadnieniu, a jednocześnie glosie do Equality Act) wyjaśniono, że nie ma konieczności aby pomiędzy odbiorcą głównym a pracodawcą osoby zatrudnionej na podstawie kontraktu istniała bezpośredni stosunek umowny. W EHRC Employment Code wskazano *„Najczęściej istnieje bezpośredni stosunek umowny między końcowym użytkownikiem usług a ich dostawcą, ale nie jest tak zawsze. Jeśli istnieje ciągłość w zakresie relacji umownych [„unbroken chain of contracts”] pomiędzy wykonującym pracę a końcowym użytkownikiem usług, wówczas należy uznać, że mamy do czynienia z odbiorcą głównym i zatrudnionym na podstawie kontraktu.”*⁵⁸

56. Orzecznictwo brytyjskie dostarcza ciekawych przykładów ustalanie, że dany podmiot jest odbiorcą głównym a w konsekwencji ponosi odpowiedzialność za dyskryminujące traktowanie osoby zatrudnionej na podstawie kontraktu.

⁵⁸ <http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/EqualityAct/employercode.pdf>, s. 144



57. W sprawie MHC Consulting Service LTD v Tansel and anor⁵⁹ Pan Tansel był pracownikiem agencji, która świadczyła usługi na rzecz podmiotu trzeciego. Wykonywał swoje usługi na rzecz ubezpieczyciela w oparciu o założoną przez siebie spółkę, w której był zatrudniony jako pracownik (takie rozwiązanie gwarantowało ograniczoną odpowiedzialność ze ewentualne poczynione szkody). Jego firma miała umowę z agencją zatrudnienia (której był również pracownikiem), a ta zawarła umowę z firmą ubezpieczeniową w zakresie świadczenia usług. Sąd Apelacyjny uznał, że pan Tansel był uprawniony do wniesienia skargi o dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność przeciw firmie ubezpieczeniowej. Wskazał, że jest bez znaczenia fakt, iż brak jest bezpośredniej relacji umownej między spółką powoda a firmą ubezpieczeniową na rzecz której świadczył pracę.

58. Jeszcze ciekawszy stan faktyczny by rozpatrywany w sprawie Harrods Ltd vs. Remick and ors.⁶⁰ W sprawie tej sąd musiał zmierzyć się z pytaniem czy kobieta zatrudniona przez koncesjodawcę w sklepie Harrods może pozwać bezpośrednio spółkę Harrods za dyskryminację rasową. Jak ustalił sąd Harrods dość często zawiera umowy koncesji z przedsiębiorcami, którzy sprzedają produkty w sklepach należących do Harrods. W rozpatrywanym stanie faktycznym choć to koncesjodawca dostarczał towar to jednak tuż przed zakupem był on odsprzedawany spółce Harrods i dopiero od niej nabywał produkt klient. Dzięki temu spółka Harrods uzyskiwała możliwość pobrania marży. Umowa pomiędzy koncesjodawcą a Harrods wymagała by pracownicy przedsiębiorcy przestrzegali dresscode'u obowiązującego w sklepach Harrods, jak też by postępowali zgodnie z procedurami wprowadzonymi przez sklep. Konsekwencją złamania tych reguł była możliwość wydania przez Harrods zakazu świadczenia pracy przez konkretną osobę w sklepie. W toku sporu Harrods argumentował, że nie ma przymiotu głównego odbiorcy pracy powódki, gdyż nie wykonywał wobec niej uprawnień menadżerskich, ani jej kontrolował, jak też ze względu na fakt, że dostarczenie sprzedawców nie było głównym przedmiotem umowy między Harrods a koncesjodawcą. Sąd Apelacyjny stwierdził, że żaden z tych argumentów nie jest istotny dla sprawy. Wskazał, że o odpowiedzialności Harrods rozstrzyga ustalenie czy pracodawca (koncesjodawca) był umownie zobowiązany do dostarczenia osób w celu wykonywania pracy, która ma przymiot pracy „na rzecz” odbiorcy końcowego. Sąd uznał, że należy uznać, iż powódka wykonywała pracę „na rzecz” Harrods, a w konsekwencji ten ostatni ma przymiot odbiorcy głównego.

⁵⁹ 2000 ICR 789, CA

⁶⁰ 1996 ICR 156, CA



59. W przepisach polskich brak jest rozwiązania choćby zbliżonego do rozwiązań brytyjskich. Warto byłoby rozważyć analogiczne rozwiązanie, w szczególności mając na względzie coraz częstsze przypadki outsourcingu określonej części pracy przez przedsiębiorców do wyspecjalizowanych podmiotów.

V.2. Odpowiedzialność za dyskryminację pracowników tymczasowych i pracowników leasingowanych na gruncie Kodeksu pracy

60. Kodeks pracy będzie regulował zasady odpowiedzialności za dyskryminację jakich dopuścili się pracodawcy pracownika tymczasowego lub pracownika leasingowanego. Odnośnie reguł na jakich odpowiedzialność ta może być egzekwowana należy odesłać do wcześniej poczynionych rozważań.

V.3. Odpowiedzialność za dyskryminację pracowników tymczasowych i pracowników leasingowanych na gruncie ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych

61. Ustawa o zatrudnieniu pracowników tymczasowych odnosi się do pracowników tymczasowych. Stąd też rozważania tej części opinii będą koncentrowały się na powyższej grupie świadczących pracę. Sytuacje pracowników leasingowanych zostanie jedynie zasygnalizowana.

62. Pracownicy tymczasowi mają dualny status. Z jednej strony są pracownikami podmiotu ich zatrudniającego, z drugiej wykonują pracę na rzecz podmiotu trzeciego – pracodawcy użytkownika. Z tego względu do aktów dyskryminacji wobec nich może dochodzić w ramach każdej z tych relacji.

63. W przypadku gdy aktu dyskryminacji dopuszcza się agencja pracy tymczasowej będzie ona odpowiadała na ogólnych zasadach regulowanych przez kodeks pracy. Pracownik tymczasowy będzie więc mógł wystąpić bezpośrednio do niej z roszczeniem o zapłatę odszkodowania na podstawie art. 18^{3d} KP.

64. Bardziej skomplikowana sytuacja występuje w przypadku gdy mamy do czynienia z dyskryminującym zachowaniem pracodawcy użytkownika. Może ono mieć miejsce w tych obszarach, w których pracodawca korzysta z uprawnień pracodawcy. Do



przypadków takiej dyskryminacji odnoszą się przepisy ustawy o zatrudnieniu pracowników tymczasowych. Zgodnie z art. 16 ust. 1 *„Pracownikowi tymczasowemu, wobec którego pracodawca użytkownik naruszył zasadę równego traktowania, w zakresie warunków określonych w art. 15, przysługuje prawo dochodzenia od agencji pracy tymczasowej odszkodowania w wysokości określonej w przepisach Kodeksu pracy dotyczących odszkodowania należnego pracownikowi od pracodawcy z tytułu naruszenia zasady równego traktowania pracowników w zatrudnieniu.”* W takim wypadku agencja pracy tymczasowej ma prawo dochodzenia od pracodawcy użytkownika zwrotu równowartości odszkodowania, które zostało wypłacone pracownikowi tymczasowemu (art. 16 ust. 1 ustawy o pracownikach tymczasowych).

- 65.** Powyższe regulacja oznacza, że pracodawca jest odpowiedzialny za akty dyskryminacji wobec pracownika tymczasowego. Jego działania różnicujące pracowników ze względu na jedno z kryterium regulowane art. 18^{3a} §1 KP będzie więc działaniem bezprawnym o charakterze deliktu. Trzeba jednak poczynić dwa istotne zastrzeżenia. Po pierwsze pracodawca użytkownik nie odpowiada za wszelkie akty dyskryminacji. Przepisy ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (art. 15 ust. 1) zakazują dyskryminacji w odniesieniu do warunków pracy i innych warunków zatrudnienia. Jest to określenie bardzo szerokie obejmujące niemal wszystkie okoliczności związane z pracą wykonywaną przez pracownika tymczasowego. Jednakże w art. 15 ust. 2 uznano, że nie ma obowiązku równego traktowania pracowników tymczasowych w zakresie dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych organizowanego przez pracodawcę użytkownika. W konsekwencji należy uznać, że różnicowanie w tym zakresie nie jest traktowane jako dyskryminacja. Takie rozwiązanie należy oceniać krytycznie. O ile należy dopuścić możliwość wyłączenia równego traktowania w niektórych obszarach, to jednak nigdy nie powinno prowadzić do usankcjonowania dyskryminacji, a tak dzieje się w analizowanej kwestii. W efekcie pracodawca użytkownik, który odmawia pracownikowi tymczasowemu możliwości skorzystania ze szkolenia ze względu na jego płeć lub wyznanie nie będzie dopuszczał się działania niezgodnego z prawem.
- 66.** Drugie zastrzeżenia odnosi się do zasad ponoszenia odpowiedzialności. Mianowicie, na gruncie ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, pracownik tymczasowy, który był dyskryminowany przez pracodawcę użytkownika swoje roszczenie powinien wysunąć przeciwko agencji pracy tymczasowej, a nie pracodawcy użytkownikowi. Ten ostatni będzie odpowiadał jedynie na zasadzie regresu jeśli z roszczeniem wystąpi agencja pracy tymczasowej. Z jednej strony takie rozwiązanie należy oceniać pozytywnie gdyż ułatwia ono pracownikowi tymczasowemu ustalenie podmiotu odpowiedzialnego i wniesienie pozwu. Z drugiej nie można jednak nie zauważyć, że taka regulacja w dużym stopniu utrudni obronę pracodawcy użytkownikowi, który może w ogóle nie być stroną w procesie. Konieczne



jest również podkreślenie, że zasądzenie odszkodowania od agencji pracy tymczasowej a nie pracodawcy użytkownika pozbawione jest dla pokrzywdzonego pracownika przymiotu rekompensaty moralnej. Nie ma on bowiem poczucia, że podmiot winny dyskryminacji poniósł karę. **Z tego względu celowe wydaje się dopuszczenie możliwości solidarnego pozywania pracodawcy użytkownika i agencji pracy tymczasowej o zasądzenia odszkodowania z art. 18^{3d} KP.**

67. Należy rozważyć czy powyżej opisanych przepisów nie można stosować w drodze analogii do przypadków dyskryminacji pracowników leasingowanych. Ich sytuacja faktyczna jest bardzo zbliżona do pracowników tymczasowych. Co więcej warunki w jakich świadczą oni pracę na rzecz leasingobiorcy są często dużo bardziej zbliżone do relacji pracownik – pracodawca niż w przypadku pracowników tymczasowych. Takie rozwiązanie pozwoliłoby również wyeliminować sytuację bezkarności działań podmiotu korzystającego z ich pracy. Jakkolwiek za takim rozwiązaniem przemawia szereg argumentów, to jednak na gruncie obecnych przepisów należy uznać, że nie jest możliwe jego zastosowanie. Oznaczałoby to rozszerzenie stosowania prawa pracy na relacje, które nie są traktowane jako jego przedmiot. Co ważniejsze jednak należy pamiętać, że gdy chodzi o odpowiedzialność podmiotu to powinna ona mieć wyraźną podstawę prawną, a w konsekwencji nie można jej wyprowadzać poprzez stosowania przepisów w drodze analogii. Takie działanie byłoby sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawa.
68. Tym niemniej należy postulować wprowadzenie rozwiązania, które pozwalałby pracownikom leasingowanym dochodzić roszczeń odszkodowawczych za dyskryminację, której dopuszcza się podmiot leasingujący na podobnych zasadach co pracownicy tymczasowi.



V.4. Odpowiedzialność za dyskryminację pracowników tymczasowych i pracowników leasingowanych na gruncie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania

69. Należy rozważyć czy dochodzenie roszczeń z tytułu dyskryminacji przez pracowników tymczasowych i pracowników leasingowanych będzie możliwe na gruncie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Kwestia ta powinna być rozpatrywana w kontekście art. 8 ust. 1 pkt 2 w/w ustawy. Jak już wskazywano, zgodnie z tym przepisem zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej.

70. Kluczowe dla możliwości objęcia ochroną powyższego przepisu pracowników tymczasowych i pracowników leasingowanych jest określenie co należy rozumieć przez pojęcie działalności gospodarczej i zawodowej. W ustawie o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania brak jest autonomicznej definicji tego pojęcia stąd też konieczne jest odwołanie się do rozumienia tego pojęcia w systemie prawa polskiego. Nie jest to jednak zabieg prosty. Pojęcie działalności gospodarczej jest definiowane w sposób różnorodny. Wynika to z faktu, że jest ona używana w poszczególnych ustawach odwołujących się do tego pojęcia w różnym znaczeniu.⁶¹ Najczęściej autorzy odwołują się do definicji działalności gospodarczej zawartej w ustawie z dnia 2 lipca 2004 o swobodzie działalności gospodarczej.⁶² Przyjmuje się, że pojęcie działalności gospodarczej zawarte w powyższej ustawie jest stosowane do innych aktów prawnych – jeśli dany rodzaj działalności nie jest wyraźnie wyłączony z jej regulacji.⁶³ Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym, gdzie podniesiono, że legalna definicja działalności gospodarczej zawarta w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej powinna być traktowana jako powszechnie obowiązujące rozumienie tego pojęcia w polskim systemie prawnym.⁶⁴

⁶¹ Różniące się między sobą definicje działalności gospodarczej zawiera m. in. art. 15 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług, art. 5a pkt 6 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych czy art. 3 pkt 9 Ordynacji podatkowej

⁶² T.j. Dz. U. z 8 kwietnia 2015 (Dz. U. 2015, poz. 584).

⁶³ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, ss. 192–194.

⁶⁴ postanowienie SN z dnia 2 lutego 2009 r., V KK 330/08, Prok. i Pr.-wkł. 2009, nr 6, poz. 17



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

- 71.** Zgodnie z art. 2 ustawy o s.d.g. działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. W świetle powyższej definicji za prowadzące działalność gospodarczą będą uznane te, które mieszczą się w wyliczeniu wymienionym w przywołanym artykule. W dalszej kolejności przyjmuje się, że o działalności gospodarczej można mówić w przypadkach, gdy jest ona prowadzona dla celów zarobkowych. Dana działalność jest zarobkowa, jeżeli jest prowadzona w celu osiągnięcia dochodu (zarobku), rozumianego jako nadwyżka przychodów nad poniesionymi kosztami. Działalność pozbawiona tego aspektu jest działalnością charytatywną, społeczną, kulturalną i inną (określaną mianem *non profit*).⁶⁵ Przy czym należy pamiętać, że brak osiągania zysku nie przesądza jeszcze iż nie mamy do czynienia z działalnością gospodarczą, pojęcie zarobkowości nie jest bowiem tożsame z przymiotem zyskowności.⁶⁶
- 72.** Wreszcie aby można mówić o działalności gospodarczej musi mieć ona charakter ciągły i zorganizowany. Przesłanka zorganizowania ma aspekt zarówno formalny jak i materialny. Ten pierwszy wyraża się w prawnie określonym zakresie obowiązków związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą, takich jak wymóg zgłoszenia działalności, jej rejestracji w urzędzie statystycznym czy podatkowym.⁶⁷ Aspekt materialny sprowadza się do stworzenia odpowiednich warunków wykonywania działalności takich jak zapewnienie odpowiednich środków finansowych czy zatrudnienia koniecznej liczby pracowników.⁶⁸
- 73.** Ciągłość działalności gospodarczej to - biorąc pod uwagę znaczenie językowe tej cechy - powtarzające się, regularnie występujące i trwające czynności. Jest przeciwstawna okazjonalności, jednorazowości, incydentalności i sporadyczności, bowiem działalność sporadyczna nie jest działalnością gospodarczą⁶⁹, nie jest natomiast zaprzeczeniem sezonowości, którą można odnieść do ciągłości działania w pewnym okresie (sezonie). Ciągłość elementem zamiaru podmiotu podejmującego działalność gospodarczą. Należy przy tym pamiętać, że ciągłość nie jest tożsama z obowiązkiem nieprzerywania działalności.⁷⁰

⁶⁵ Wyrok NSA z dnia 26 września 2008 r., II FSK 789/07, LEX nr 495147, M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2012, s. 179 i n.

⁶⁶ M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 78; uchwała SN z dnia 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, OSNC 1993, nr 5, poz. 79

⁶⁷ *Ibid.*, s. 79.

⁶⁸ M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2003, s. 50.

⁶⁹ wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 17 września 1997 r., sygn. II SA 1089/96, publ. Pr. Gosp. 1998, nr 1, s. 32

⁷⁰ Wyrok WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 16 sierpnia 2012 r., II SA/Po 427/12, LEX nr 1259015



74. Zwrócić uwagę należy, że do działalności gospodarczej zakwalifikowana również działalność zawodową. Obejmuje ona wykonywanie poszczególnych zawodów mających zawodowy (profesjonalny) charakter. Osoby wykonujące tę działalność posiadają odpowiednie dla danego zawodu kwalifikacje i umiejętności.⁷¹ Jak podnosi się w doktrynie „Działalność zawodową można rozumieć różnie. Pojęcie to odnosi się przede wszystkim do profesjonalności jako cechy prakseologicznej wykonywania każdej działalności opartej na posiadanych umiejętnościach faktycznych lub wymaganych kwalifikacjach zawodowych. W takim znaczeniu można mówić o profesjonalnym działaniu polityka, sportowca, artysty itd. Pojęcie działalności zawodowej odnosi się także do działalności polegającej na wykonywaniu zawodu (np. nauczyciela, pielęgniarki, pilota statków powietrznych).”⁷² Wydaje się, że w ustawie o pojęcie działalności zawodowej zostało ujęte w tym ostatnim rozumieniu, tj. działalność zawodowa to wykonywanie określonego zawodu. Przy czym nie jest konieczne by działalność ta była prowadzona w formie przedsiębiorstwa, na co wskazuje treść art. 8 ust. 1 pkt 2 powołanego aktu, w którym jest mowa o jej prowadzeniu na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej. Działalności zawodową nie będzie można określić prac nie wymagających kwalifikacji, prac o charakterze dorywczym i które nie mieszczą się w pojęciu zawodu. Ze względu jednak na ochronny charakter ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania należy wyklądać pojęcie działalności zawodowej w sposób najszerszy z możliwych. W efekcie z zakresu przedmiotowego tego pojęcia jedynie wyjątkowo będą wyłączone określone prace

V.4.1. Pracownicy tymczasowi

75. Jeżeli praca tymczasowa wykonywana przez pracowników tymczasowych będzie miała charakter zawodowy wówczas należy uznać, że pracownicy ci mogą dochodzić odszkodowania od pracodawcy użytkownika na podstawie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Pewne wątpliwości może budzić fakt, że w ustawie o zatrudnieniu pracowników tymczasowych zostały uregulowane zasady odpowiedzialności za dyskryminację pracowników tymczasowych. W mojej ocenie nie wyklucza to jednak możliwości zastosowania postanowień przepisów w/w ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Przemawia za tym treść art. 2 ust 2 tego aktu, który wyłącza jego zastosowanie w odniesieniu do pracowników w

⁷¹ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 27. wyrok NSA z dnia 27 maja 2009 r., II FSK 163/08, CBOSA

⁷² C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX/el, komentarz do art. 2



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

zakresie uregulowanym przepisami ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. Powyższe wskazuje, że postanowień przywołanej regulacji nie można zastosować do relacji pracownik tymczasowy agencja pracy tymczasowej – co do zasady- jest ona bowiem uregulowana przepisami Kodeksu pracy. Nie dokonano natomiast wyłączenia innych ustaw, w tym ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Tezę tą potwierdza również art. 16 tego aktu zgodnie z którym *„Dochodzenie roszczeń na podstawie niniejszej ustawy nie pozbawia prawa do dochodzenia roszczeń na podstawie przepisów innych ustaw”*.

76. Za umożliwieniem dochodzenia pracownikom tymczasowym rekompensaty za dyskryminację na gruncie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania przemawia również przedstawiona w pierwszej części niniejszej opinii fundamenty aksjologiczne zakazu dyskryminacji. Są to wartości na tyle istotne, że zasługują one na ochronę, a tym samym w razie wątpliwości co do istnienia takiej ochrony należy wyklądać przepisy w ten sposób by była ona zagwarantowana.

V.4.2. Pracownicy leasingowani

77. Na analogiczne zasadach jak w przypadku pracowników tymczasowych należy rozstrzygnąć możliwość dochodzenia na podstawie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania przez pracowników leasingowanych odszkodowania za dyskryminację od leasingobiorcy. Będą mogli to uczynić o ile wykonywana przez nich praca będzie miała przymiot zawodowy. Roszczenie będą mogły być kierowane bezpośrednio do podmiotu, który korzysta z ich pracy. Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania nie będzie natomiast mogła być podstawą do żądania rekompensaty za dyskryminację, której dopuścił się faktyczny pracodawca pracowników leasingowanych. W tym zakresie podstawą będzie Kodeks pracy.

V.5. Odpowiedzialność za dyskryminację pracowników tymczasowych i pracowników leasingowanych na gruncie Kodeksu cywilnego

78. W mojej ocenie nie można wykluczyć również dochodzenie odszkodowania za dyskryminację od pracodawcy użytkownika lub pracodawcy leasingobiorcy bezpośrednio na podstawie Kodeksu cywilnego. Wskazać należy tu w szczególności



dwie podstawy takiej odpowiedzialności: dopuszczenie się deliktu i naruszenie dóbr osobistych

V.5.1. Odpowiedzialność za delikt

79. Podstawą wysuwania roszczeń o naprawienia szkody przez pracownika tymczasowego lub pracownika leasingowanego będzie art. 415 KC. Należy jednak pamiętać, że w razie wysunięcia takiego roszczenia nie będzie możliwości skorzystania z tzw. odwróconego ciężaru dowodowego. W konsekwencji to na powódzie będzie ciążyła konieczność wykazania bezprawności zachowania pracodawcy użytkownika oraz powstania szkody w wyniku tego zachowania.

V.5.2. Odpowiedzialność za naruszenie dóbr osobistych

80. Dyskryminacja może prowadzić do naruszenia szeregu dóbr osobistych takich jak zdrowie, cześć czy dobre imię. Nie trudno zauważyć, że takie podejście pozwala na rekompensatę tylko części naruszeń jakie powstały w wyniku dyskryminacji. Co więcej chronione w ten sposób dobra mają charakter wypadkowy w stosunku do głównego przedmiotu naruszenia – prawa do niebycia różnicowanym przy wykonywaniu pracy ze względu na jedno z niedozwolonych kryteriów różnicowania. Z pomocą przychodzi tu koncepcja wolności pracy traktowanej jako dobro osobiste. Wolność tą wywodzi się zarówno z postanowień Konstytucji (art. 65§1), jak i przepisów Kodeksu pracy (por. art. 10§1). Wolność pracy stanowi element pozytywnego porządku prawnego. Należy postrzegać ją jako część składową szerszego pojęcia prawa o pracy.⁷³ Pojęcie wolności pracy ma charakter niejednorodny. W doktrynie wskazuje się, że należy wyróżnić co najmniej dwa znaczenia wolności pracy. Pierwsze to tzw. wolność negatywną którą można utożsamiać z zasadą dobrowolności pracy, a więc swobodnego decydowania o podejmowaniu pracy lub pozostawania bez pracy. Druga określana mianem wolności pozytywnej zawiera w sobie prawo do swobodnego dostępu do zatrudnienia oraz prawo wyboru pracy.⁷⁴ Właśnie wolność pracy w jej aspekcie pozytywnym odgrywa istotne znaczenie dla określenia aksjologii zakazu dyskryminacji. Wolność pracy nie tylko przyznaje prawo jednostce (pracownikowi, kandydatowi na pracownika), ale

⁷³ Z. Góral, Prawo do pracy. Studium prawa polskiego w świetle porównawczym, Łódź 1994, s. 138, J. Czerniak Swędzioł, Ograniczenie pracownika w swobodzie podejmowania dodatkowego zatrudnienia w kontekście aksjologicznych podstaw prawa pracy [w:] Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, pod red. M Skąpskiego, K. Ślęzaka, Poznań 2014, s. 94

⁷⁴ Z. Góral, O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy, Warszawa 2011, s. 82-83



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

jednocześnie nakłada na pracodawcę obowiązek potraktowania takiej osoby zgodnie z prawem. Uchybienie temu obowiązkowi skutkuje dopuszczeniem się przez niego deliktu.⁷⁵

81. Słusznie podkreśla się, że przepisy regulujące zakaz dyskryminacją należy traktować jako ochronę wolności pracy.⁷⁶ Jeżeli bowiem do podjęcia decyzji o zatrudnieniu lub zwolnieniu pracownika następuje z powodu kryterium uznanego za dyskryminujące to następuje naruszenie swobodnego dostępu do zatrudnienia (a więc wolności pracy). Przy czym wolność pracy traktowane jest jako osobiste dobro chronione osoby świadczącej pracę, którego naruszenie uprawnia do dochodzenia świadczeń gwarantowanych przez postanowienia Kodeksu cywilnego.

VI. Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów istnieją regulacje pozwalające pracownikom tymczasowym i pracownikom leasingowanym dochodzenia odszkodowania za dyskryminację bezpośrednio od, odpowiednio, pracodawcy użytkownika i pracodawcy leasingobiorcy. Jednocześnie jednak przepisy w tym zakresie nie są jasne i mogą rodzić wątpliwości. Celowe jest więc ustanowienie ram prawnych, które w sposób wyraźny przewidywałyby odpowiedzialność podmiotów za dyskryminację osób wykonujących na ich rzecz pracę, nawet w tych przypadkach gdy nie łączy je żadna umowa. Instruktywne mogą być tu regulacje brytyjskie, które w sposób niezwykle szeroki określają zakres odpowiedzialności takich podmiotów jak pracodawcy użytkownicy czy przedsiębiorcy korzystający z firm outsourcingowych.

Należy podkreślić, że zakaz dyskryminacji ma na celu wyeliminowanie ze stosunków społecznych najbardziej karygodnych przykładów nierównego traktowania, które bardzo często prowadzi do wykluczenia społecznego. Realizacji tego celu powinny towarzyszyć również odpowiednie środki prawne. Środki takie powinny w sposób jednoznaczny rozstrzygać zakres ochrony oraz określać możliwe sankcje za naruszenie zakazu dyskryminacji. W razie braku takich norm prawnych utrudnione będzie przeciwdziałania dyskryminacji. Powyższe powinien mieć na względzie ustawodawca dokonując regulacji zasad zakazu dyskryminacji w polskim prawie.

⁷⁵ A. Sobczyk, A. Sobczyk, *Wolność pracy i władza*, Warszawa 2015, s. 67.

⁷⁶ A. Sobczyk, A. Sobczyk, *Wolność pracy i władza*, Warszawa 2015, s. 63



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO



dr Marcin Wujczyk