



Dr hab. Justyna Maliszewska-Nienartowicz, prof. UMK
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Kryteria dyskryminacji pośredniej – standardy europejskie a prawo i praktyka polskich sądów

1. Wprowadzenie

Bezpośrednim impulsem dla rozwoju dyskryminacji pośredniej, a jednocześnie źródłem inspiracji dla regulacji prawnych takich państw członkowskich, jak Zjednoczone Królestwo czy Irlandia, a w następstwie także dla Trybunału Sprawiedliwości UE, było orzecznictwo amerykańskiego Sądu Najwyższego¹. W wyroku w sprawie *Griggs v. Duke Power Co*² uznał on, że zgodnie z ustawą, praktyki, procedury czy testy, które mają charakter neutralny, nawet jeśli chodzi o zamiar, jaki się za nimi kryje, nie mogą zostać utrzymane w przypadku, gdy zmierzają do utrzymania dyskryminacyjnych praktyk w dziedzinie zatrudnienia. Jego zdaniem ustawa zakazuje również takich praktyk, które są wprawdzie sprawiedliwe formalnie, ale dyskryminacyjne w działaniu (ang. *fair in form but discriminatory in operation*), podstawowe kryterium w tym względzie stanowi jednak rzeczywista konieczność przedsiębiorstwa³. Sąd Najwyższy doszedł zatem do wniosku, że działanie neutralne w momencie jego podejmowania może zostać uznane za dyskryminacyjne, jeśli ma znacząco różny wpływ na grupę chronioną – ważny jest bowiem sam efekt postępowania⁴.

Pod wpływem tego rozstrzygnięcia przyjęto w Zjednoczonym Królestwie pierwsze regulacje prawne odnoszące się do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć oraz rasę.

¹ W doktrynie wskazuje się, że pierwowzorem dla koncepcji europejskiej dyskryminacji pośredniej były rozwiązania amerykańskie. Por. szerzej. I. Boruta, *Dyskryminacja pośrednia w pracy ze względu na płeć w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Studia Prawno-Europejskie, M. Seweryński (red.), Łódź 1996, s. 98

² Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

³ Cyt za: D. Schiek, *Indirect Discrimination*, [w:] *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, D. Schiek, L. Waddington, M. Bell (red.), Oxford 2007 s. 348.

⁴ Por. I. Boruta, op. cit., s. 99.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

Były one dość ogólne - odwoływały się do wymagań lub warunków stosowanych wobec osób różnej płci (bądź rasy), które mają taki charakter, że liczba kobiet (lub osób przynależących do tej samej grupy rasowej), które mogą im sprostać, jest znacznie mniejsza niż liczba mężczyzn (lub osób nie przynależących do tej grupy rasowej), którzy mogą je spełnić, a przy tym są one niekorzystne dla kobiet (lub osób danej rasy) i nie mogą uzasadnione⁵. Podobnie w Irlandii podjęto próbę zdefiniowania dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć⁶. Dlatego też analizując jej kryteria w osobnym punkcie należy odnieść się do rozstrzygnięć m.in. sądów brytyjskich, bowiem w tym zakresie mamy do czynienia z bogatym dorobkiem orzecznictwa. Dodatkowo wskazane zostaną przykłady z orzecznictwa z innych państw członkowskich.

Nie ma jednak wątpliwości, że dyskryminacja pośrednia ma swoje korzenie właśnie w systemie *common law*. Rozwijając tę koncepcję, Trybunał Sprawiedliwości UE inspirował się w pewnym zakresie orzecznictwem amerykańskiego Sądu Najwyższego oraz regulacjami krajowymi przyjętymi w Zjednoczonym Królestwie i Irlandii, ale zarazem wprowadził do niej nowe, oryginalne elementy⁷. Następnie zaś pod wpływem jego orzecznictwa zdefiniowano tę formę dyskryminacji w aktach prawa wtórnego UE, które musiały zostać implementowane we wszystkich państwach członkowskich. W rezultacie w literaturze przedmiotu można spotkać się z poglądem, że mamy tu do czynienia z jednym z rzadkich przypadków prawnej adaptacji koncepcji z systemu *common law* do systemów prawa kontynentalnego, specyficznej o tyle,

⁵ Por. art. 1 (1b) ustawy o dyskryminacji ze względu na płeć z 1975 roku (Sex Discrimination Act) oraz art. 1 (1b) ustawy o stosunkach rasowych z 1976 roku (Race Relations Act), dostępne na stronie: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/65> oraz <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/74> (data dostępu: 16.05.2015).

⁶ Art. 2 (c) irlandzkiej ustawy dotyczącej równości w zatrudnieniu z 1977 roku (the Irish Employment Equality Act 1977) przewidywał, że: „Dla celów związanych ze stosowaniem tej ustawy należy przyjąć, że dyskryminacja ma miejsce w następujących przypadkach: [...] c) jeśli z powodu jej płci lub stanu małżeńskiego dana osoba jest zobowiązana zastosować się do wymagania odnoszącego się do zatrudnienia lub członkostwa w danym organie, które nie jest istotnym wymaganiem dla takiego zatrudnienia lub członkostwa, i w stosunku do którego występuje większa proporcja osób innej płci [...] mogących się do niego zastosować”, tekst dostępny na stronie: <http://www.irishstatutebook.ie/1977/en/act/pub/0016/index.html> (data dostępu: 16.05.2015).

⁷ W doktrynie wskazuje się wprost, że rozwój idei dyskryminacji pośredniej przez Trybunał Sprawiedliwości stanowi przykład sędziowskiej kreatywności, w ramach której czerpano z modelu *common law*, ale jednocześnie dodawano nowe elementy, uwzględniające kontekst wspólnotowy, w tym zupełnie inne ramy proceduralne wynikające z postępowania prejudycjalnego przewidzianego w art. 177 TEWG (obecnie art. 267 TFUE). Por. C. Barnard, B. Hepple, *Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith*, Cambridge Law Journal 1999, t. 58, nr 2, s. 400.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

że dokonała się ona za pośrednictwem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, a następnie aktów prawa wtórnego UE⁸.

Regulacje dotyczące dyskryminacji pośredniej zawarte w kodeksie pracy oraz w ustawie z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania⁹ zostały przyjęte w celu zapewnienia zgodności prawa polskiego ze standardami unijnymi. Dlatego też należy odpowiedzieć na pytanie, czy polskie przepisy są zgodne z wymogami przewidzianymi w prawie wtórnym UE oraz czy sposób ich interpretacji odpowiada wskazówkom płynącym z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Pomocniczo w osobnych punktach wskazane zostaną także rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz wybranych państw członkowskich. Na ich podstawie podjęta zostanie próba sformułowania wniosków *de lege ferenda* dotyczących pożądanego kierunku zmian polskiego ustawodawstwa oraz propozycje w zakresie odpowiedniej interpretacji obowiązujących przepisów prawnych, zgodnej nie tylko z regulacjami prawa UE, ale szerzej z ogólnymi standardami europejskimi¹⁰.

2. Dyskryminacja pośrednia w prawie UE

2.1. Rozwój koncepcji dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości

Trybunał Sprawiedliwości już w wyroku w sprawie *Sotgiu*¹¹ zwrócił uwagę na to, że „regulacje dotyczące równości traktowania (...) zakazują nie tylko jawnej dyskryminacji na podstawie przynależności państwowej, ale również wszystkich ukrytych form dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego

⁸ Por. szerzej D. Schiek, op. cit., s. 324 oraz E. Dockès, *Equality in Labour Law: an Economically Efficient Human Right? Reflections from a French Law Perspective*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2002, t. 18, nr 2, s. 191, który wprost stwierdza, że dyskryminacja pośrednia „przybyła” do Francji z anglosaskiej kultury prawnej poprzez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, a ostatnio dyrektywy UE.

⁹ Dz. U. z 2010, nr 254, poz. 1700.

¹⁰ Wpływ na ich ukształtowanie mają zarówno regulacje prawne UE, jak i obowiązujące w ramach Rady Europy, a także w poszczególnych państwach europejskich. Duże znaczenie odgrywa także praktyka ich stosowania przede wszystkim przez TS UE, ETPCz oraz sądy krajowe.

¹¹ Wyrok z 12 lutego 1974 r. w sprawie 152/73 Giovanni Maria Sotgiu przeciwko Deutsche Bundespost, Zb. Orz. 1974, s. 153, pkt 11.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

samego rezultatu”. Mimo posłużenia się nieco inną terminologią, podjęta została zatem pierwsza próba zdefiniowania dyskryminacji pośredniej. Do tej formuły Trybunał konsekwentnie odwoływał się w swoim późniejszym orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową¹². Doprecyzowanie tej koncepcji nastąpiło dopiero w wyroku w sprawie *O’Flynn*¹³. Wynikało z niego, że zawiera ona dwa zasadnicze elementy: pozornie neutralny środek, który nie opiera się na zakazanym kryterium, jednakże w praktyce wywiera on niekorzystny wpływ na grupę chronioną oraz obiektywne uzasadnienie, wiążące się z istnieniem prawnie uzasadnionego celu i zgodnością zastosowanego środka z zasadą proporcjonalności.

Równoległe do rozstrzygnięć odnoszących się do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową wydawane były te, które dotyczyły płci. Elementy dyskryminacji pośredniej w tym obszarze nie różniły się od ujęcia występującego w orzecznictwie dotyczącym przynależności państwowej. W obu przypadkach chodziło zatem o pozornie neutralny środek (postanowienie, praktykę, warunek), który nie opierał się na zakazanym kryterium (odpowiednio przynależności państwowej lub płci), jednakże w praktyce wywierał on niekorzystny wpływ na grupę chronioną, utrzymując zróżnicowane traktowanie odpowiednio obywateli danego państwa i innych państw członkowskich oraz mężczyzn i kobiet, którego nie dało się uzasadnić istnieniem prawnie uzasadnionego celu, niezależnego od zakazanego kryterium. Jeśli jednak można było powołać się na takie obiektywne okoliczności, to i tak trzeba wykazać, że zastosowany środek jest odpowiedni i konieczny do osiągnięcia legalnego celu, a zatem zgodny z zasadą proporcjonalności. Fakt, iż mieliśmy do czynienia z tymi samymi elementami w ramach ogólnej formuły dyskryminacji pośredniej, nie oznaczał jednak, że były one w taki sam sposób stosowane w sprawach dotyczących przynależności państwowej i płci¹⁴.

Mianowicie, dla stwierdzenia dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową wystarczyło powołać się na to, że dany środek może wpłynąć na pracowników migrujących w większym stopniu niż na pracowników krajowych i istnieje ryzyko, że ci pierwsi znajdują się w szczególnie niekorzystnej sytuacji. Trybunał nie wymagał zatem

¹² J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012, s. 20.

¹³ Wyrok z 23 maja 1996 r. w sprawie C-237/94 John O’Flynn przeciwko Adjudication Officer, Zb. Orz.1996, s. I-2617.

¹⁴ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii ...*, s. 241.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

wykazania ani odpowiedniego stopnia wpływu, tj. liczby osób dotkniętych przez środek, ani też, że wpływ ten występuje w praktyce. Wystarczyło, że istniała możliwość pojawienia się takiego dyskryminacyjnego skutku dla pracowników migrujących. Inaczej kwestia ta przedstawiała się w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, w których należało wykazać, że konkretny środek w praktyce dotyka znacznie większą proporcję osób danej płci, co wiązało się z przedstawieniem dowodów statystycznych. W kolejnych orzeczeniach Trybunał wskazywał, że przedstawione statystyki muszą mieć ogólny charakter i obejmować wystarczającą liczbę osób. Ponadto muszą one potwierdzać albo wpływ środka na znacznie większą liczbę osób danej płci (nie została ona dokładnie określona przez Trybunał, jednakże w sprawach, w których uznał występowanie dyskryminacji pośredniej, mieliśmy do czynienia z poziomem przynajmniej 80% osób danej płci¹⁵), albo też powinny ukazywać mniejszą, ale za to trwałą i relatywnie stałą różnicę w traktowaniu między kobietami a mężczyznami w długim okresie czasu¹⁶.

Różnice w podejściu występowały również w odniesieniu do obiektywnego uzasadnienia. Po pierwsze, Trybunał dopuścił możliwość usprawiedliwienia środków pośrednio dyskryminujących ze względu na płeć w szerszym zakresie niż to miało miejsce w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej na podstawie przynależności państwowej, bowiem uwzględnił w jego ramach czynniki ekonomiczne. Odnosiło się to jednak jedynie do środków stosowanych przez pracodawców, bowiem względy budżetowe, na które powoływały się państwa członkowskie, nie zostały uznane przez Trybunał za wystarczające uzasadnienie¹⁷. Po drugie, w sprawach związanych z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć, test obiektywnego uzasadnienia miał nieco inny charakter w zależności od tego, czy odnosił się do działań pracodawców, czy też do regulacji krajowych. W związku z tymi różnicami w podejściu, a tym samym brakiem spójności w definiowaniu dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie, podjęte zostały kroki zmierzające do regulacji tego zagadnienia w prawie wtórnym UE.

¹⁵ A. Wengdahl, *Indirect Discrimination and the European Court of Justice*, "CFE Working Paper Series" 2001, s. 15, dostępne na: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=529830&fileId=624694> (data korzystania: 22.05.2015).

¹⁶ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii ...*, s. 242.

¹⁷ Por. m.in. wyrok z 24 lutego 1994 r. w sprawie C-343/92 M. A. De Weerd, née Roks i inni przeciwko Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid i inni, Zb. Orz. 1994, s. I-571 czy wyrok z 6 kwietnia 2000 r. w sprawie C-226/98 Birgitte Jørgensen przeciwko Foreningen af Speciallæger and Sygesikringsens Forhandlingsudvalg, Zb. Orz. 2000, s. I-2447.



2.2. Definicje legalne w prawie wtórnym UE

Pierwszym aktem prawnym, w którym sformułowano definicję dyskryminacji pośredniej, była dyrektywa Rady 97/80/WE z 15 grudnia 1997 r. dotycząca ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć¹⁸. W jej art. 2 ust. 2 przewidziano, że: „pośrednia dyskryminacja ma miejsce wtedy, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka pogarsza sytuację znacznie większej części przedstawicieli jednej płci, chyba że przepis ten, kryterium lub praktyka są właściwe i niezbędne oraz mogą być usprawiedliwione obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z płcią”. Ta definicja stanowiła odzwierciedlenie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości¹⁹, choć występowały w niej również pewne różnice.

Przed wszystkim należy zauważyć, że wyraźnie odwoływała się ona zarówno do przepisów prawnych, jak i kryteriów oraz praktyk, co rozszerzyło zakres zastosowania omawianej koncepcji, bowiem pozwalało powoływać się na nią nie tylko w przypadku stosowania konkretnej regulacji ustawy czy układów zbiorowych. Jeśli chodzi o pierwszy element dyskryminacji pośredniej, mieliśmy do czynienia z wyraźnym nawiązaniem do orzeczniczej formuły „wpływu na znacznie większy procent (większą część) osób danej płci”, jednakże nie przejęto jej końcowej części – „w porównaniu z osobami innej płci”. Czy to oznacza, że w świetle tej definicji nie było potrzeby wykazywania, że zachodzi różnica w traktowaniu między mężczyznami a kobietami? Wydaje się, że nie do końca, bowiem wykazanie, że przepis, kryterium, czy praktyka pogarsza sytuację znacznie większej części przedstawicieli jednej płci, siłą rzeczy wymagało przeprowadzenia porównania z sytuacją osób drugiej płci. Niestety, w odniesieniu do wykazania owego pogorszenia (inaczej negatywnego wpływu) dyrektywa utrzymała wymóg, że ma ono wystąpić w praktyce, a więc mieć charakter rzeczywisty, a nie tylko potencjalny. Jeśli dodatkowo trzeba było dowieść, że ten niekorzystny wpływ odnosi się do znacznie większej części przedstawicieli jednej płci, to tak naprawdę mieliśmy do czynienia z utrzymaniem konieczności posługiwania się danymi

¹⁸ Dz. Urz. 1998, L 14, s. 6.

¹⁹ W doktrynie wskazuje się na konsolidację orzecznictwa dotyczącego omawianej koncepcji – tak. m.in. E. Szyszczak, *EC Labour Law*, Londyn 2000, s. 82. Można jednak znaleźć również takie poglądy, że mieliśmy do czynienia jedynie z definicją zainspirowaną orzecznictwem.



statystycznymi, co do tej pory sprawiało praktyczne trudności w postępowaniu przez sądami krajowymi i Trybunałem Sprawiedliwości²⁰.

W trakcie prac nad dyrektywami opartymi na art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE), a więc odnoszącymi się do dyskryminacji ze względu na rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną, postanowiono przyjąć nieco inną definicję legalną dyskryminacji pośredniej, wzorowaną w większym stopniu na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości odnoszącym się do dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. I tak, w art. 2 ust. 2 lit b dyrektywy 2000/43²¹ przewidziano, że: „dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego w stosunku do innych osób, chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne”.

Definicja ta została przejęta w art. 2 ust. 2 lit. b dyrektywy 2000/78²², z tą różnicą, że uwzględniono w niej odrębny wyjątek odnoszący się do kryterium niepełnosprawności. W rezultacie przyjęto, że: „dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka może doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej, w porównaniu do innych osób, chyba że:

- i) taki przepis, kryterium lub praktyka jest obiektywnie uzasadniona zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne, lub
- ii) jeżeli w przypadku osób w określony sposób niepełnosprawnych, pracodawca lub każda osoba, do której odnosi się niniejsza dyrektywa, jest zobowiązany, na mocy przepisów krajowych, podejmować właściwe środki zgodnie z zasadami określonymi w art. 5 (zobowiązuje on pracodawców do wprowadzenia racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych, dopisek J. M-N.), w celu zlikwidowania niedogodności spowodowanych tym przepisem, kryterium lub praktyką”.

²⁰ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii ...*, s. 247-248.

²¹ Dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. Urz. 2000, L 180, s. 22.

²² Dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. 2000, L 303, s. 16.



Na tych definicjach dyskryminacji pośredniej wzorowana była z kolei regulacja przyjęta w dyrektywie 2002/73²³. W ten sposób zamierzano zapewnić spójność postanowień zawartych w dyrektywach odnoszących się do poszczególnych kryteriów wymienionych w art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE). W rezultacie w art. 2 ust. 2 dyrektywy 2002/73 przewidziano, że: „dyskryminacja pośrednia to sytuacja, w której z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałyby osoby danej płci w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu do osób innej płci, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione usankcjonowanym prawnie celem, a środki osiągnięcia tego celu są właściwe i niezbędne”. Analogiczne definicje dyskryminacji pośredniej zawarto następnie w dyrektywach 2004/113²⁴ oraz 2006/54²⁵. W związku z tym, że ta ostatnia dokonała uproszczenia i zmian w prawodawstwie wspólnotowym (obecnie unijnym) dotyczącym równego traktowania mężczyzn i kobiet, w tym uchyliła dyrektywę 97/80/WE (ze skutkiem od 15.08.2009 r.), w obecnym stanie prawnym mamy do czynienia z jedną definicją legalną dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć.

Nadal jednak w sferach nieobjętych dyrektywą 2006/54, zwłaszcza w zakresie zabezpieczenia społecznego, aktualne pozostaje ujęcie występujące do tej pory w orzecznictwie²⁶. Zgodnie z nim z dyskryminacją pośrednią w rozumieniu art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7²⁷ mamy do czynienia, jeżeli dany przepis, choćby sformułowany w sposób neutralny, faktycznie powoduje pogorszenie sytuacji (działa na niekorzyść) znacznie większej liczby osób jednej płci, chyba że odmienne traktowanie jest uzasadnione czynnikami obiektywnymi, niezwiązanymi w żaden sposób z dyskryminacją ze względu na płeć, czyli prawnie uzasadnionym celem polityki społecznej państwa członkowskiego, przy czym oceniany środek musi być odpowiedni i niezbędny dla jego osiągnięcia. Takie stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości także w ostatnio wydanych wyrokach m.in. w sprawie *Elbal*

²³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/73/WE z 23 września 2002 r. zmieniająca 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. 2002, L 269, s. 15.

²⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/113/WE z 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług, Dz. Urz. 2004, L 373, s. 37.

²⁵ Dyrektywa 2006/54/WE z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana), Dz. Urz. 2006, L 204, s. 23.

²⁶ Por. szerzej: J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii...*, s. 263-264.

²⁷ Dyrektywa Rady 79/7/EWG z 19 grudnia 1978 roku w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego, Dz. Urz. 1979, L 6, s. 24.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

*Moreno*²⁸ oraz w sprawie *Cachaldora Fernández*²⁹. Oznacza to, że w odniesieniu do regulacji krajowych stanowiących implementację przepisów dyrektywy 79/7 znajdzie zastosowanie nieco inny standard oceny, opierający się w głównej mierze na danych statystycznych, które mają potwierdzać negatywny wpływ środka na znacznie większą liczbę osób danej płci. Należy go jednak uznać za wyjątek, bowiem w pozostałych obszarach dotyczących równego traktowania kobiet i mężczyzn, jak również w przypadku kontroli, czy wystąpiła dyskryminacja pośrednia oparta na przynależności państwowej oraz na kryteriach uregulowanych w dyrektywach 2000/43 i 2000/78 odwoływanie się do statystyk nie jest konieczne, choć oczywiście dopuszczalne, zwłaszcza jeśli jest to korzystne dla ofiary dyskryminacji (patrz szerzej uwagi zawarte w pkt 2.4.).

2.3. Elementy występujące w ramach definicji dyskryminacji pośredniej (kryteria dyskryminacji pośredniej)

Analizując wskazane wyżej definicje należy dojść do wniosku, że odnoszą się one do **trzech podstawowych elementów (przesłanek)**, jakie muszą wystąpić, aby stwierdzić występowanie dyskryminacji pośredniej niezgodnej z prawem UE. Po pierwsze, **musimy ustalić obowiązywanie przepisu, kryterium lub praktyki, które mają pozornie neutralny charakter**. Warto zatem zauważyć, że nie chodzi tu jedynie o regulacje prawne, ale także o zachowania o faktycznym charakterze (w tym wyrażane opinie), co prowadzi do szerszego zakresu zastosowania omawianej koncepcji. Istotne natomiast jest to, aby nie odwoływały się one do zakazanych, ale neutralnych kryteriów, których zastosowanie wywołuje jednak w praktyce dyskryminacyjny skutek, np. miejsce zamieszkania, czas pracy, wymóg wieloletniego doświadczenia na stanowisku pracy, które tego nie wymaga, warunek pozostawania w związku małżeńskim itd. Nie ma przy tym znaczenia, czy taki skutek był zamierzony, czy też nie. Należy zatem stwierdzić, iż dyskryminacja pośrednia dotyczy traktowania, które różnicuje dwie grupy osób lub sytuacje, a zastosowane kryterium

²⁸ Wyrok z 22 listopada 2012 r. w sprawie C-385/11 Isabel Elbal Moreno przeciwko Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) i Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Zb. Orz. 2012, s. 746, pkt 29 i 32.

²⁹ Wyrok z 14 kwietnia 2015 r. w sprawie C-527/13 Lourdes Cachaldora Fernández przeciwko Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) i Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), pkt 28, niepublikowany, dostępny na stronie curia.europa.eu.



różnicowania nie jest zakazane przez obowiązujące regulacje prawne - ma ono jednak tylko pozornie neutralny charakter, bowiem w praktyce wywołuje skutki podobne do wyraźnie zakazanego kryterium³⁰.

Po drugie, trzeba wykazać negatywny wpływ środka na grupę chronioną, np. osoby danej płci, rasy, pochodzenia etnicznego, religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku, orientacji seksualnej itd. W aktach prawa wtórnego UE przewidziano bowiem, że dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka **może doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji (położenia) osób należących do grupy chronionej** w porównaniu do innych osób. Widać zatem, że nie wymaga się, aby szczególnie niekorzystne położenie wystąpiło w praktyce, ale wystarczy, by istniała taka możliwość. Oznacza to, że osoba, która uważa się np. za ofiarę dyskryminacji pośredniej ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, nie musi faktycznie pozostawać w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych osób, ale wystarczająca jest możliwość wystąpienia takiego skutku przepisu, kryterium lub praktyki³¹. Natomiast wymaga się, aby było ona szczególnie, a nie zwyczajnie niekorzystna, co zakłada, że negatywny wpływ przepisu, kryterium lub praktyki na osoby należące do grupy chronionej powinien osiągnąć określony poziom, choć niekoniecznie bardzo wysoki. Należy zatem zauważyć, że w definicjach zawartych w dyrektywach akcent został położony nie na liczbę osób dotkniętych przez środek, na co zwracał uwagę Trybunał w orzecznictwie dotyczącym równego traktowania mężczyzn i kobiet, ale na zakres niekorzystnego wpływu, czy inaczej stopień dotkliwości zastosowanego środka. Problem proporcji, w jakiej dane postanowienie, kryterium lub praktyka ma dotyczyć osoby chronione, traci więc na znaczeniu, a tym samym nie jest konieczne wykazywanie różnicy w traktowaniu popartej wyliczeniami o charakterze statystycznym, choć oczywiście nie jest to wykluczone, co potwierdzają także postanowienia zawarte w preambułach dyrektyw 2000/43, 2000/78 i 2006/54³². Natomiast, jeśli strona nie dysponuje danymi statystycznymi, wydaje się, że wystarczające będzie ustalenie okoliczności

³⁰ Ch. Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpia – Oxford 2005, s. 217.

³¹ Por. E. Guild, *The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations*, *Industrial Law Journal* 2000, t. 29, nr 4, s. 420.

³² Por. szerzej M. Wandzel, *Czy można usprawiedliwić dyskryminację pośrednią? Sposoby weryfikacji zarzutu dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu*, *Studia z Zakresu Prawa Pracy* 2001/2002, s. 241. Będzie jeszcze o tym mowa w osobnym punkcie.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

faktycznych i wyciągnięcie na ich podstawie słusznych wniosków. Sądy krajowe nie zawsze powinny zatem wymagać przedstawienia stosownych statystyk, ale mogą zbadać przepis, kryterium lub praktykę na podstawie ogólnej wiedzy uwzględniającej fakty społeczne³³. Ocena, czy konkretna osoba mogłaby się znaleźć lub znajduje się w szczególnie niekorzystnej sytuacji w stosunku do innych osób, zakłada jednak przeprowadzenie porównania w obrębie określonej kategorii, np. danej płci, rasy lub pochodzenia etnicznego, religii lub przekonań itd.³⁴ Wiąże się to z tym, że aby wykazać zróżnicowany wpływ danego przepisu, kryterium lub praktyki na grupę chronioną trzeba zbadać również, czy i w jaki sposób dotyka on pozostałe osoby. Można by zatem mówić nie tyle o porównaniu wyjściowej sytuacji, w jakiej znajdują się dwa podmioty, ale skutków, jakie wywiera na nie dany środek. Ocena, czy miała miejsce dyskryminacja pośrednia wymaga bowiem ustalenia nie zróżnicowanego traktowania, ale właśnie zróżnicowanego wpływu. Należy zatem przyjąć, że porównywalność jest istotnym elementem obu form dyskryminacji – bezpośredniej i pośredniej³⁵. Choć w doktrynie nie ma całkowitej jednolitości poglądów w tym zakresie³⁶, to jednak takie stanowisko potwierdzają zarówno opinie rzeczników generalnych, jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

Po trzecie, dyskryminacja pośrednia ze względu na kryteria uregulowane w prawie wtórnym UE może być **obiektywnie uzasadniona. W tym zakresie należy stwierdzić występowanie tzw. legalnego (zgodnego z prawem) celu, jak i dokonać oceny, czy środki mające służyć jego osiągnięciu są odpowiednie i konieczne, a zatem zgodne z zasadą proporcjonalności.** Decydującą rolę w interpretacji pojęcia „celu zgodnego z prawem” odgrywają organy stosujące prawo, zwłaszcza sądy krajowe, wspierane przez wskazówki płynące z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Warto zatem zauważyć, że Trybunał nie

³³ Por. L. Farkas, *Mniejszości narodowe i etniczne po akcesji do UE* [w:] *Dyrektywy Unii Europejskiej dotyczące równego traktowania bez względu na rasę jako instrument zmiany prawa polskiego*, Materiały z międzynarodowej konferencji naukowej, 29 września 2004, Warszawa 2004, s. 13.

³⁴ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej: rozwój i istota koncepcji*, Gdańskie Studia Prawnicze 2011, t. XXV, s. 275.

³⁵ Por. szerzej Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, Luksemburg: Urząd Publikacji Unii Europejskiej 2011, s. 34, gdzie tzw. źródło porównania uznano za element dyskryminacji pośredniej. Wskazano także, że „tak jak w przypadku dyskryminacji bezpośredniej, by móc ocenić, czy skutek konkretnej reguły, kryterium lub praktyki jest znacząco bardziej negatywny niż w przypadku innych osób znajdujących się w podobnej sytuacji, sąd musi znaleźć źródło porównania”.

³⁶ Zob. np. Ch. Tobler, K. Waaldijk, *Case C-267/06, Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 1 April 2008, *Common Market Law Review* 2009, t. 46, nr 2, s. 745, gdzie autorzy komentując wyrok prezentują odmienny pogląd co do tego, czy ustalenie występowania dyskryminacji pośredniej wymaga przeprowadzenia porównania.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

stosuje jednolitego standardu oceny zarówno, jeśli chodzi o wykazanie istnienia celu zgodnego z prawem, jak i zachowanie wymogów proporcjonalności. W tym zakresie można wyróżnić przede wszystkim środki stosowane przez państwa członkowskie oraz przez pracodawców. W odniesieniu do obu kategorii mamy do czynienia ze stosunkowo szerokimi możliwościami uzasadnienia, bowiem katalog celów zgodnych z prawem jest otwarty, co pozwala Trybunałowi uwzględniać kolejne z nich. Istotne znaczenie mają jednak pewne zastrzeżenia poczynione w tym względzie w orzecznictwie. Mianowicie, cele te nie mogą być związane z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na przynależność państwową, płć, czy inne kryteria. Ponadto nie wystarczą zwykle uogólnienia w tym zakresie, ale trzeba podać konkretne uzasadnienie danego środka. Wreszcie w przypadku regulacji czy praktyk państw członkowskich nie mogą mieć one czysto ekonomicznego, czy też budżetowego charakteru. W niektórych sprawach Trybunał bierze jednak pod uwagę takie cele, jak: zapewnienie należytego zarządzania wydatkami publicznymi na wyspecjalizowaną opiekę medyczną, czy też minimalnych środków utrzymania, których wysokość i krąg osób uprawnionych do ich utrzymania zależą od zasobów budżetowych państw członkowskich. Wydaje się, że w takich przypadkach większą rolę powinna odgrywać proporcjonalność, w tym *sensu stricto*, która pozwalałaby na wyważenie korzyści uzyskiwanych dzięki utrzymaniu tak uzasadnionej regulacji czy praktyki z ograniczeniem prawa do równego traktowania konkretnej jednostki³⁷. Natomiast w odniesieniu do środków stosowanych przez pracodawców Trybunał Sprawiedliwości wprost uznaje cele o ekonomicznym charakterze, jak np. efektywność przedsiębiorstwa czy sytuację na rynku pracy, co jest przedmiotem słusznej krytyki w doktrynie. Niekiedy wskazuje się wręcz, że uwzględnienie czynników ekonomicznych w ramach obiektywnego uzasadnienia stanowi największą słabość koncepcji dyskryminacji pośredniej, bowiem potrzeby pracodawcy mogą przeważać nad prawem do równego traktowania³⁸. W rezultacie dobrze byłoby, aby Trybunał ograniczył nieco krąg celów, uzasadniających dyskryminację pośrednią.

Istotną rolę w tym zakresie może odegrać proporcjonalność, która pozwala na wazienie przeciwstawnych interesów. Jeśli zatem wybrane przez państwa członkowskie lub pracodawców środki nie pozostają w odpowiedniej proporcji do zgodnych z prawem celów,

³⁷ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii...*, s. 394-395.

³⁸ Por. E. Ellis, *EC Sex Equality Law*, Oxford 1998, s. 323.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

wówczas uzasadnienie nie może zostać uwzględnione. Nie zawsze jednak Trybunał przeprowadza tę kontrolę w jednakowy sposób, ale stosuje różne testy proporcjonalności, zależne generalnie od tego, w jakim obszarze przyjęto dany środek i kto to uczynił³⁹. I tak, regulacje czy praktyki państw członkowskich, które prowadzą do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, podlegają dość wnikliwej analizie. W tym obszarze stosowany jest test „najmniej restrykcyjnego środka”, a zatem Trybunał bada, czy nie istniały inne alternatywne sposoby osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu, mniej ograniczające prawo do równego traktowania. Z kolei w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, gdy ocenie poddawane są środki państw członkowskich, przyjmowane w ramach polityki społecznej, kontrola Trybunału nie jest aż tak wnikliwa. Podkreśla on bowiem, że w tym obszarze państwa członkowskie dysponują szerokim zakresem uprawnień dyskrecjonalnych, choć zarazem mają obowiązek wykazania „że można racjonalnie uważać, iż wybrane środki były odpowiednie dla realizacji wspomnianego celu”. Nieco inne stanowisko zajmują rzecznicy generalni, którzy nawet w sprawach dotyczących zatrudnienia i polityki społecznej proponują przeprowadzanie takiej samej kontroli proporcjonalności, jaka występuje w ramach swobód rynku wewnętrznego. W każdym razie można odnieść ogólne wrażenie, że w ostatnim czasie w orzecznictwie Trybunału stosowane jest bardziej rygorystyczne podejście, jeśli chodzi o kontrolę poszczególnych kryteriów proporcjonalności w sprawach dotyczących regulacji krajowych, co należy ocenić pozytywnie. Podobne stanowisko zaczyna zajmować Trybunał w odniesieniu do środków stosowanych przez pracodawców. Jeśli uzna wskazywany przez nich cel za zgodny z prawem i niezwiązany z jakąkolwiek dyskryminacją, wówczas bada lub powierza sądowi krajowemu ocenę, czy istniała możliwość jego osiągnięcia w inny sposób, co wiąże się z wymogiem konieczności, oraz czy zastosowane środki są w stanie przyczynić się do ich realizacji, co z kolei nawiązuje do wymogu odpowiedniości. Dobrze byłoby zatem, aby w kolejnych sprawach takie zbliżone podejście do kryteriów proporcjonalności zostało utrzymane. Nie wydaje się bowiem, aby stosowanie różnych sposobów jej kontroli było dostatecznie uzasadnione. Jest to o tyle istotne, że rygorystyczne podejście do zgodności środków czy to pracodawców, czy też

³⁹ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii...*, s. 395-396.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

państw członkowskich z proporcjonalnością może przyczynić się do zwiększenia skuteczności zakazu dyskryminacji pośredniej⁴⁰.

Na zakończenie uwag dotyczących kryteriów dyskryminacji pośredniej należy podkreślić, że dyrektywy 2000/43, 2000/78 oraz 2006/54 mają minimalny charakter, a zatem państwa członkowskie mogą przyjmować lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne dla zasady równego traktowania od postanowień zawartych w tych aktach prawnych. To zaś oznacza, że regulacje krajowe dotyczące dyskryminacji pośredniej mogą być bardziej korzystne dla ofiar dyskryminacji, np. przewidywać mniej wymagający dowód dotyczący negatywnego wpływu, czy też bardziej surowe rozwiązania w zakresie wykazania obiektywnego uzasadnienia i zgodności z zasadą proporcjonalności. Natomiast postanowienia przyjęte przez państwa członkowskie nie mogą „zejść poniżej minimum” przewidzianego w dyrektywach antydyskryminacyjnych, np. przewidzieć, że osoba należąca do grupy chronionej musi faktycznie pozostawać w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych osób.

2.4. Znaczenie statystyk dla wykazania dyskryminacji pośredniej

W kontekście ustalenia faktu występowania dyskryminacji pośredniej dużą rolę mogą odegrać dane statystyczne, które wskazują na pewne zjawiska społeczne występujące w praktyce, np. potwierdzają fakt, że większość osób zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy stanowią kobiety. Statystyki powinny zatem odnosić się nie tyle do konkretnego problemu społecznego, ale raczej do grup osób, co potwierdzają regulacje aktów prawa wtórnego UE, jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. Te pierwsze nie wymagają jednak wykazania, że dany środek działa na niekorzyść znacznie większej liczby (wyższego odsetka) osób danej płci, rasy, pochodzenia etnicznego, religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku czy orientacji seksualnej. Osłabia to znaczenie statystyk w ramach prowadzonego postępowania dowodowego, ale całkowicie ich nie eliminuje - są one traktowane jako jeden ze środków dowodowych. W tym zakresie w preambułach dyrektyw 2000/43 i 2000/78 przewidziano, że ocena, czy faktycznie wystąpiła dyskryminacja pośrednia dokonywana jest przez sąd krajowy lub inny właściwy organ, zgodnie z prawem lub praktyką

⁴⁰ Ibidem, s. 396-397.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

krajową. Mogą one „przewidywać w szczególności, że fakt występowania dyskryminacji pośredniej można udowodnić z wykorzystaniem wszelkich środków, również na podstawie danych statystycznych”⁴¹. Natomiast w preambule dyrektywy 2006/54 wskazano, że dla „lepszego zrozumienia różnego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy powinno się kontynuować opracowywanie, analizowanie i udostępnianie na odpowiednich szczeblach porównawczych danych statystycznych w podziale według płci”⁴².

Ta różnica w regulacjach może wiązać się z charakterem kryteriów, których dotyczą wskazane dyrektywy. W przypadku płci zbieranie danych statystycznych nie stwarza problemów natury etycznej czy po prostu praktycznych. Tymczasem w niektórych państwach członkowskich regulacje dotyczące ochrony danych osobowych zakazują zbierania informacji na temat pochodzenia⁴³, co utrudnia posługiwanie się statystykami w kontekście wykazywania dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne. Z kolei względy ochrony prywatności przesądzają o tym, że trudno będzie uzyskać stosowne informacje statystyczne na temat orientacji seksualnej pracowników, stopień i różne rodzaje niepełnosprawności powodują, że praktycznie nie da się ująć osób niepełnosprawnych w ramy jednolitych statystyk, a z kolei w przypadku wieku będą one mało przydatne, bo podlega on ciągłym zmianom⁴⁴. Z tego wynika, że o ile w przypadku zarzutu wystąpienia dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć łatwiej posługiwać się statystykami, o tyle w odniesieniu do pozostałych kryteriów jest to utrudnione. Należy przy tym zauważyć, że opieranie się wyłącznie na danych statystycznych może prowadzić do niekorzystnych skutków prawnych dla ofiar dyskryminacji, co obrazują przykłady niektórych rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości.

Na przykład, w wyroku w sprawie *Kirsammer-Hack*⁴⁵ Trybunał uznał, że samo wykazanie, iż około dziewięćdziesiąt procent kobiet jest zatrudnionych w niepełnym wymiarze godzinowym w skali całego kraju nie jest wystarczające do stwierdzenia dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, ale należałoby wykazać, iż to małe

⁴¹ Ustęp 15 preambuły dyrektywy 2000/43 oraz ustęp 15 preambuły dyrektywy 2000/78.

⁴² Ustęp 37 preambuły dyrektywy 2006/54.

⁴³ T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford 2006, s. 70.

⁴⁴ Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 291-292 i cyt. tam literaturę przedmiotu

⁴⁵ Wyrok z 30 listopada 1993 r. w sprawie C-189/91 Petra Kirsammer-Hack przeciwko Nurhan Sidal, Zb. Orz., s. I-6185. Dotyczył on niemieckich przepisów nie uwzględniających pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze przy określaniu, czy dane przedsiębiorstwo musi zastosować system ochrony przed niesłusznym zwolnieniem.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

przedsiębiorstwa zatrudniają znacznie wyższy procent kobiet niż mężczyźni. Dodał przy tym, że nawet gdyby tak było, regulacja niemiecka mogłaby zostać uzasadniona, przez czynniki obiektywne niezwiązane z płcią pracowników, bowiem jej celem jest łagodzenie ograniczeń nakładanych na małe przedsiębiorstwa. W każdym razie sprawa ta pokazuje, że niektóre dane statystyczne mogą być niedostępne, co nie powinno jednak prowadzić do nieuwzględnienia zarzutu dyskryminacji pośredniej przez Trybunał Sprawiedliwości. Tymczasem wobec tak określonych przez niego wymogów, nie można było wykazać, że oceniana regulacja prowadziła do pośredniej dyskryminacji kobiet⁴⁶. Podobnie w niedawno wydanym wyroku w sprawie *Cachaldora Fernández*⁴⁷ Trybunał podkreślił, że przepis będący przedmiotem sporu ma zastosowanie nie do wszystkich pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze, tylko do tych, „którzy mają przerwę w odprowadzeniu składek w trakcie ośmioletniego okresu odniesienia poprzedzającego datę zdarzenia powodującego powstanie prawa do renty, jeżeli ta przerwa następuje po okresie zatrudnienia w niepełnym wymiarze czasu pracy. Zatem ogólne dane statystyczne dotyczące zbioru pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy jako całości nie są istotne dla ustalenia, że przepis ten wywiera wpływ na znacznie większą liczbę kobiet niż mężczyzn”⁴⁸. Następnie TS wskazał, że nawet gdyby okazało się, że powódka jest w mniej korzystnej sytuacji ze względu na to, że pracowała w niepełnym wymiarze czasu pracy w okresie bezpośrednio poprzedzającym przerwę w składkach, to jednak nie jest wykluczone, że niektórzy pracownicy zatrudnieni w niepełnym wymiarze czasu pracy mogą również skorzystać na krajowych przepisach będących przedmiotem sporu w postępowaniu głównym. W rezultacie nie dopatrywał się naruszenia przez przepis krajowy zakazu dyskryminacji pośredniej przewidzianego w art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7.

Należy zatem stwierdzić, że uzależnienie wykazania negatywnego wpływu środka na osobę danej płci od występowania danych statystycznych, które ściśle odzwierciedlają jej sytuację faktyczną, np. dotyczą zatrudnienia w niepełnym wymiarze czasu pracy w sektorze małych przedsiębiorstw, może prowadzić do odrzucenia zarzutu dyskryminacji pośredniej,

⁴⁶ Por. A. Wengdahl, op .cit., s. 14.

⁴⁷ Wyrok z 14 kwietnia 2015 r. w sprawie C-527/13 Lourdes Cachaldora Fernández przeciwko Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) i Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), pkt 28, niepublikowany, dostępny na stronie curia.europa.eu.

⁴⁸ Ibidem, pkt 30.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

mimo że tak naprawdę znalazła się ona w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu z osobami innej płci. Jak już wskazywano, regulacje zawarte w dyrektywach 2000/43, 2007/8 oraz 2006/54 nie wymagają, aby ściśle „trzymać się” dowodów opartych na statystykach. Jedynie w odniesieniu do równego traktowania kobiet i mężczyzn w sferze zabezpieczenia społecznego aktualne pozostało ujęcie występujące w orzecznictwie TS. Warto dodać, że w kilku ostatnio wydanych rozstrzygnięciach, które nie dotyczyły tego obszaru, Trybunał starał się ustalić, czy osoba danej płci znalazła się w szczególnie niekorzystnej sytuacji. Na przykład, w wyroku w sprawie *Nadežda Riežniece* najpierw nakazał sądowi krajowemu sprawdzenie „czy w danym państwie członkowskim znacznie większa liczba kobiet niż mężczyzn korzysta z urlopu rodzicielskiego, przez co są one bardziej narażone na to, że dotkną je działania tego rodzaju, jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym”⁴⁹. Następnie zaś wskazał, iż sposób oceny pracowników w związku z likwidacją stanowiska nie może stawiać pracowników przebywających na takim urlopie „w sytuacji mniej korzystnej w stosunku do pracowników, którzy z takiego urlopu nie korzystają” oraz podał warunki, jakim musi podlegać ta ocena⁵⁰. Zdaniem Trybunału, jeśli te kryteria nie były przestrzegane, przez co postawiono powódkę w mniej korzystnej sytuacji, tego rodzaju sytuacja może prowadzić do dyskryminacji pośredniej, ale sprawdzenie tego jest zadaniem sądu krajowego.

Takie stanowisko Trybunału Sprawiedliwości zasługuje na aprobatę, ponieważ bada on konkretną sytuację, w której znalazł się powód podnoszący zarzut dyskryminacji pośredniej i stara się stwierdzić, czy jest ona mniej korzystna w porównaniu z innymi osobami. Warto podkreślić, że nie wymaga się, aby była to sytuacja szczególnie niekorzystna. Taki właśnie sposób oceny powinny stosować sądy krajowe, kiedy sprawdzają, czy została spełniona przesłanka negatywnego wpływu przepisu, kryterium lub praktyki na osobę należącą do grupy chronionej. Odwoływanie się do danych statystycznych ma w tym

⁴⁹ Wyrok z 20 czerwca 2013 r. w sprawie C-7/12 *Nadežda Riežniece* przeciwko Zemkopības ministrija i Lauku atbalsta dienests, pkt 40, niepublikowany, dostępny na stronie curia.europa.eu.

⁵⁰ „Muszą jej w szczególności podlegać wszyscy pracownicy, których może dotyczyć likwidacja stanowiska. Ocena tego rodzaju musi również opierać się na kryteriach ściśle identycznych z kryteriami stosowanymi do pracowników czynnych zawodowo. Ponadto zastosowanie tych kryteriów nie może wymagać fizycznej obecności pracowników, gdyż pracownik przebywający na urlopie rodzicielskim nie może spełnić takiego wymogu” – pkt 43 wyroku w sprawie C-7/12.



wypadku charakter posiłkowy, a nie stanowi bezwzględnego wymogu, którego niewypełnienie może prowadzić do oddalenia powództwa.

3. Dyskryminacja pośrednia w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka oraz w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Klasyczna klauzula niedyskryminacji zawarta jest w art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC lub Konwencja)⁵¹, który przewiduje, że: „korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”. Klauzula ta ma charakter otwarty, na co wskazuje końcowy zwrot „jakichkolwiek innych przyczyn”. Oznacza to, że wyliczone w niej niedozwolone kryteria różnicujące to jedynie przykłady, nie stanowiące zamkniętego katalogu⁵². Jednocześnie klauzula ta ma nieautonomiczny charakter, bowiem możliwość jej zastosowania powiązано z korzystaniem z praw i wolności przewidzianych w Konwencji oraz jej merytorycznych protokołach dodatkowych⁵³. „Zarówno Europejski Trybunał Praw Człowieka, jak i Europejska Komisja Praw Człowieka (działająca do 1.11.1998 r.) starały się – jak się wydaje – łagodzić brak autonomicznego charakteru wskazanego standardu”⁵⁴. Jednakże regulacja artykułu 14 Konwencji została uznana za niewystarczającą i zdecydowano się na przyjęcie Protokołu dodatkowego nr 12 do EKPC⁵⁵.

Zgodnie z Raportem wyjaśniającym do Protokołu jego przyjęcie było podyktowane pragnieniem wzmocnienia ochrony przed dyskryminacją, uznanej za podstawowy element

⁵¹ Dz. U. z 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.

⁵² J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zakaz dyskryminacji w prawie Unii Europejskiej oraz Rady Europy* [w:] *VII Seminarium Warszawskie: Obywatel w Radzie Europy i Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 119.

⁵³ Por. B. Gronowska, *Porównywalność sytuacji jednostek jako przesłanka zakazu dyskryminacji - uwagi na tle orzecznictwa strasburskiego*, Europejski Przegląd Sądowy 2013, nr 6, s. 4.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 5

⁵⁵ Został on otwarty do podpisu 4.11.2000 r., a wszedł w życie 1.04.2005 r. z momentem uzyskania dziesiątej ratyfikacji. Nie został jednak ratyfikowany przez wszystkie państwa-strony Konwencji.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

przestrzegania praw człowieka. W preambule Protokołu podkreślono, że: „wszystkie osoby są równe wobec prawa oraz są uprawnione do równej ochrony przez prawo”. Art. 1 zawiera natomiast ogólny zakaz dyskryminacji: „1. Korzystanie z każdego prawa ustanowionego przez prawo powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie lub z jakichkolwiek innych przyczyn. 2. Nikt nie może być dyskryminowany przez jakiejkolwiek władze publiczne z któregośkolwiek z powodów wymienionych w ustępie 1”. Przepis ten rozszerza zakres zakazu dyskryminacji, zapewniając równe traktowanie w ramach korzystania ze wszystkich praw⁵⁶. Mamy więc do czynienia z otwartą i autonomiczną klauzulą niedyskryminacji.

Wskazane regulacje nie zawierają wyraźnego odniesienia do dyskryminacji pośredniej ani też jej opisu bądź definicji. Nie ma jednak wątpliwości, że odnosząc się ogólnie do dyskryminacji, swoim zakresem obejmują różne, w tym pośrednie, formy nierównego traktowania. Potwierdził to Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim orzecznictwie, choć warto zauważyć, że nastąpiło to stosunkowo późno i można odnieść wrażenie, że pod wpływem obowiązujących już regulacji międzynarodowych, w tym przyjętych przez UE. Najpierw zatem ETPC wskazał dość ogólnie, że „jeśli polityka lub środek ma nieproporcjonalnie niekorzystny skutek dla konkretnej grupy, to nie można wykluczyć uznania go za dyskryminujący, mając na uwadze nawet to, że taki środek nie jest w sposób szczególnie adresowany lub skierowany do tej grupy”⁵⁷. Warto zauważyć, że w tym przypadku Trybunał odmówił uznania statystyk jako dowodu potwierdzającego istnienie dyskryminującej praktyki w rozumieniu art. 14 EKPC, jednakże w późniejszych orzeczeniach

⁵⁶ Zgodnie ze wskazówkami znajdującymi się w Sprawozdaniu wyjaśniającym do Protokołu, jego zakres odnosi się w szczególności do dyskryminacji pojawiającej się na tle: 1. każdego uprawnienia wyraźnie przyznanego jednostce przez prawo krajowe; 2. każdego uprawnienia, które można wyprowadzić z wyraźnych zobowiązań nakładanych przez prawo krajowe na władze publiczne; 3. sytuacji, gdy władze publiczne korzystają z uprawnień o charakterze uznaniowym; 4. każdego działania lub zaniechania władz publicznych. Por. szerzej J. Kapelańska-Pręgowska, *Problem dyskryminacji na tle etnicznym w zw. z realizacją praw wyborczych – wyrok ETPC w sprawie Sejdić i Finci p. Bośni i Hercegowinie* [w:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), Toruń 2011, s. 205.

⁵⁷ Wyrok ETPC z 4.05.2001 r. w sprawie Hugh Jordan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 24746, § 154 (tłum. własne).



był już mniej niechętny dowodom statystycznym i akceptował je jako sposób wykazania dyskryminujących praktyk⁵⁸.

Tak było w wyroku w sprawie *Hoogendijk przeciwko Holandii*⁵⁹, który dotyczył regulacji krajowej uzależniającej uzyskanie renty z tytułu niezdolności do pracy od spełnienia warunku rocznego pozostawania w stosunku pracy bezpośrednio przed powstaniem tej niezdolności. ETPC potwierdził najpierw stanowisko wyrażone w wyżej cytowanej sprawie *Hugh Jordan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, iż nawet jeśli środek nie jest adresowany lub skierowany do konkretnej grupy, to nie można wykluczyć uznania go za dyskryminujący, w przypadku gdy ma on nieproporcjonalnie niekorzystny skutek dla tej grupy. Następnie zaś uznał, że „jeżeli na podstawie niekwestionowanych, oficjalnych danych statystycznych skarżący jest w stanie wykazać istnienie *prima facie* sytuacji, że dany przepis – mimo iż sformułowany w sposób neutralny – w rzeczywistości dotyka wyraźnie wyższego odsetka kobiet niż mężczyzn, wówczas obowiązkiem pozwanego rządu jest dowiedzenie, że wynika to z czynników obiektywnych, niezwiązanych z dyskryminacją ze względu na płeć”.

W wyroku w sprawie *Zarb Adami przeciwko Malcie*⁶⁰, która dotyczyła zarzutu nadmiernego obciążania mężczyzn obowiązkiem zasiadania w ławie przysięgłych w sądzie karnym, ETPC wskazał, że dyskryminacja potencjalnie sprzeczna z Konwencją może wynikać nie tylko ze stanu prawnego, ale również z sytuacji faktycznej⁶¹. W ten sposób Trybunał potwierdził, że art. 14 Konwencji chroni nie tylko równość wobec prawa, lecz także przed odmiennym traktowaniem w praktyce⁶². Ponownie przywołał przy tym ogólną formułę, zgodnie z którą w przypadku gdy „polityka lub ogólny środek ma nieproporcjonalnie niekorzystny skutek dla konkretnej grupy, to nie można wykluczyć uznania go za dyskryminujący, nawet jeśli taki środek nie jest w sposób szczególny adresowany lub skierowany do tej grupy”⁶³.

⁵⁸ Słusznie zwraca na to uwagę K. Wencel, *Dowodzenie w sprawach o dyskryminację: możliwości i ograniczenia udowodnienia nierównego traktowania*, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Analizy, Raporty, Ekspertyzy 7/2011, s. 23, dostępne na stronie: <http://interwencjaprawna.pl/docs/ARE-711-dowody-w-sprawach-dyskryminacyjnych.pdf> (data dostępu: 5.06.2015).

⁵⁹ Wyrok ETPC z 6.01.2005 r. w sprawie *Hoogendijk przeciwko Holandii*, skarga nr 58461/00.

⁶⁰ Wyrok ETPC z 20.06.2006 r. w sprawie *Zarb Adami przeciwko Malcie*, skarga nr 17209/02.

⁶¹ Ibidem, § 76. Por. też M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej: Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, wyd. 6, s. 980.

⁶² M. Smolin, *Zasada równości płci. Studium komparatystyczne standardów Rady Europy i Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 63

⁶³ § 80 wyroku w sprawie *Zarb Adami*.



Przełomowym rozstrzygnięciem w zakresie uznania dyskryminacji pośredniej oraz dotyczących jej reguł dowodowych okazał się natomiast wyrok w sprawie *D.H. i inni przeciwko Republice Czeskiej*⁶⁴, który dotyczył umieszczania dzieci romskich w szkołach specjalnych. Zostało ono przyjęte z wielkim entuzjazmem – komentatorzy mówili o rehabilitacji Trybunału i dowiedzeniu, że jest on źródłem zbalansowanej koncepcji dyskryminacji i zyskuje tym samym szansę stania się partnerem TS UE w tych sprawach⁶⁵. W istocie ETPC doprecyzował ogólny opis zjawiska dyskryminacji pośredniej, odwołując się do *neutralnego* sformułowania polityki lub środka, które jednak wywołują nieproporcjonalnie niekorzystne skutki dla konkretnej grupy osób i w ten sposób prowadzą do jej dyskryminacji. Jednocześnie wskazał na regulacje unijne, m.in. zawarte w dyrektywie 2000/43/WE oraz na definicję ustaloną przez Europejską Komisję przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji, zgodnie z którymi „taka sytuacja może stanowić ‘dyskryminację pośrednią’, niekoniecznie związaną z dyskryminacyjnym zamiarem”⁶⁶. Z tego wynika, że niezbędnym elementem tej formy dyskryminacji jest pozornie neutralna polityka lub środki skierowane do wszystkich, które wywołują jednak nieproporcjonalnie niekorzystne skutki dla konkretnej grupy osób. Na państwie-stronie Konwencji spoczywa zaś obowiązek wykazania, że takie odmienne traktowanie jest usprawiedliwione obiektywnymi czynnikami. Podobnie zatem jak w regulacjach prawa wtórnego UE, w świetle ogólnej formuły dyskryminacji pośredniej występującej w orzecznictwie ETPC można wyróżnić trzy podstawowe kryteria dyskryminacji pośredniej.

W omawianym wyroku Trybunał Strasburski odniósł się także do reguł dowodowych obowiązujących w tego typu sprawach. Wskazał mianowicie, że „aby zagwarantować skuteczną ochronę przysługujących praw, w sprawach domniemanej dyskryminacji pośredniej należy przyjmować mniej restrykcyjne zasady dotyczące materiału dowodowego”⁶⁷. W rezultacie dopuścił możliwość wykazywania wpływu środka lub praktyki na daną osobę lub grupę za pomocą danych statystycznych „poddanych krytycznej ocenie pod względem ich wiarygodności i ważności”. Zdaniem ETPC „nie oznacza to jednak, że dyskryminacja

⁶⁴Wyrok ETPC z 13.11.2007 r. w sprawie *D.H. i inni przeciwko Republice Czeskiej* [G§C], skarga nr 57325/00.

⁶⁵M. Smolin, op. cit., s. 63.

⁶⁶Wyrok w sprawie *D.H. i inni przeciwko Republice Czeskiej*, § 184.

⁶⁷Ibidem, § 186.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

pośrednia nie może zostać udowodniona bez wykorzystania danych statystycznych”⁶⁸. Statystyki są zatem ważnym, ale nie jedynym dowodem w sprawach dotyczących tej formy dyskryminacji. W każdym razie w omawianej sprawie uznano występowanie dyskryminacji pośredniej opartej na pochodzeniu rasowym na tej podstawie, że odsetek uczniów pochodzenia romskiego umieszczanych w szkołach specjalnych w Republice Czeskiej był znacznie wyższy niż innych dzieci, co potwierdzały dane statystyczne. Co ciekawe, przedłożone przez skarżących dane dotyczące ich regionu geograficznego sugerowały, że 50-56% uczniów szkół specjalnych to dzieci romskie, podczas gdy stanowiły one jedynie około 2% całkowitej populacji szkolnej. Jednakże z danych uzyskanych ze źródeł międzyrządowych wynikało, że w całym kraju od 80% do 90% dzieci romskich uczęszczało do szkół specjalnych⁶⁹.

W kolejnym wyroku dotyczącym problemu segregacji dzieci romskich w szkołach, wydanym w sprawie *Sampanis przeciwko Grecji*⁷⁰, Trybunał potwierdził, że zakaz dyskryminacji przewidziany w art. 14 Konwencji obejmuje również jej pośrednie formy, w tym wynikające z sytuacji faktycznej. Wskazał tam również na konieczność podejmowania daleko idących działań w celu przeciwdziałania dyskryminacji rasowej i etnicznej, a także na specyficzne zasady dowodowe obowiązujące w tego rodzaju sprawach⁷¹. Przypomniał zatem, że to na państwie ciąży obowiązek wykazania, że odmienne traktowanie jest usprawiedliwione obiektywnymi czynnikami.

Wyrok w sprawie *Opuz przeciwko Turcji*⁷² jest interesującym przykładem, bowiem ETPC uznał niewłaściwe stosowanie przepisów dotyczących przemocy domowej przez policję oraz władze sądownicze za przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Trybunał stwierdził bowiem, że przemoc doświadczana była przez skarżącą i jej matkę ze względu na fakt, że były one kobietami. W wyroku tym potwierdzone zostały wszystkie

⁶⁸ Ibidem, § 188.

⁶⁹ Por. § 193 wyroku, w którym ETPC wskazał, że „nawet jeśli trudno ustalić dokładny odsetek uczniów pochodzenia romskiego w szkołach specjalnych, ich liczba jest nieproporcjonalnie wysoka. Co więcej uczniowie pochodzenia romskiego stanowili większość w szkołach specjalnych. Mimo że odpowiednie zapisy ustawowe zostały sformułowane w sposób neutralny, znacznie mocniej oddziałują one na uczniów romskich niż na inne dzieci i skutkują tym, że nieproporcjonalnie wysoki odsetek tych pierwszych trafia do szkół specjalnych”.

⁷⁰ Wyrok ETPC z 5.06.2008 r. w sprawie *Sampanis przeciwko Grecji*, skarga nr 32526/05.

⁷¹ Por. szerzej W. Burek, *Zakaz dyskryminacji w orzecznictwie ETPC z 2008 r.*, Europejski Przegląd Sądowy 2009, nr 12, s.34.

⁷² Wyrok ETPC z 9.06.2009 r. w sprawie *Opuz przeciwko Turcji*, skarga nr 33401/02.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

wcześniejsze ustalenia dotyczące kryteriów dyskryminacji pośredniej oraz możliwość wykazania nieproporcjonalnie niekorzystnych skutków dla konkretnej grupy osób przy pomocy dowodów statystycznych⁷³. Powódka – ofiara przemocy domowej dostarczyła raporty opracowane przez Izbę Adwokacką w Diyarbakir oraz Amnesty International. Wnioski zawarte w tych sprawozdaniach nie zostały zakwestionowane przez rząd w toku postępowania, stąd też Trybunał postanowił wziąć je pod uwagę. Potwierdzają one nie tylko fakt, że właśnie w Diyarbakir, gdzie mieszkała powódka, odnotowano największą liczbę ofiar przemocy w rodzinie, i że jej ofiarami były jedynie kobiety, wobec których najczęściej stosowano przemoc fizyczną. Wskazują również na to, że przepisy krajowe służące zwalczaniu przemocy domowej nie są prawidłowo stosowane w praktyce, stąd też wskazane wyżej raporty sugerują, że przemoc domowa jest tolerowana przez władze, a środki zaradcze wskazane przez rząd nie działają skutecznie⁷⁴.

Trybunał Strasburski uznał, że powódka wykazała przy pomocy tych niekwestionowanych danych, iż przemoc domowa dotyczy głównie kobiet, a przy tym sprzyja jej ogólna pasywność organów policyjnych i sądowych w Turcji, która przybiera dyskryminujący charakter. W rezultacie orzekł, że wystąpiła pośrednia dyskryminacja ze względu na płeć w związku z prawem do życia i zakazem nieludzkiego lub poniżającego traktowania. Co ciekawe, w tym przypadku ETPC nie oparł swojego rozstrzygnięcia na dostępnych dowodach statystycznych wskazujących, że ofiarami przemocy domowej są głównie kobiety. „Amnesty International stwierdziła bowiem, iż nie ma żadnych wiarygodnych danych w tym zakresie. ETPC był jednak skłonny zaakceptować ocenę Amnesty International, szanowanej międzynarodowej organizacji pozarządowej i Komitetu ONZ ds. Likwidacji Dyskryminacji Wobec Kobiet, że przemoc wobec kobiet jest znaczącym problemem w Turcji”⁷⁵. Potwierdza to, że zgodnie z orzecznictwem strasburskim istnieje możliwość wykazania negatywnego wpływu na daną osobę lub grupę osób nie tylko przy pomocy danych statystycznych, ale także z odwołaniem się do innych wiarygodnych dowodów, np. raportów uznanych organizacji pozarządowych.

⁷³ Ibidem, § 183.

⁷⁴ Ibidem, § 194-197.

⁷⁵ Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, Luksemburg: Urząd Publikacji Unii Europejskiej 2011, s. 142.



Kolejny wyrok w sprawie *Oršuš i inni przeciwko Chorwacji*⁷⁶ potwierdza zaś, że niekiedy możliwe jest ustalenie występowania dyskryminacji pośredniej, nawet jeśli dostępne dane statystyczne nie potwierdzają nieproporcjonalnie niekorzystnego wpływu praktyki lub środka na daną grupę osób. W sprawie tej powodowie postawili zarzut dyskryminacyjnego traktowania w zakresie dostępu do edukacji, z tego względu, że zostali oni umieszczeni w odrębnych klasach w oparciu o kryterium pochodzenia etnicznego. Rząd chorwacki twierdził jednak, że było to podyktowane ich niedostateczną znajomością języka chorwackiego. Dlatego też Trybunał uznał, że trzeba zbadać, czy władze szkoły podjęły odpowiednie kroki, aby zapewnić szybki postęp powodów w opanowaniu tego języka, a kiedy udało im się to osiągnąć, czy zostali przeniesieni do zwykłych klas⁷⁷. Następnie ETPC odwołał się do ogólnej definicji dyskryminacji pośredniej, którą sformułował w swoim orzecznictwie. Wskazał zatem, że „ogólna polityka lub środek o pozornie neutralnym charakterze, ale wywołujący nieproporcjonalnie niekorzystne skutki dla osób lub grup osób, które, jak np. w obecnej sprawie można wyróżnić tylko na podstawie kryterium pochodzenia etnicznego, może być uznany za dyskryminujący, nawet jeśli nie jest on w sposób szczególny skierowany do tej grupy, chyba że taki środek jest obiektywnie uzasadniony przez cel zgodny z prawem, a środki służące do jego osiągnięcia są odpowiednie, konieczne i proporcjonalne”⁷⁸. Jak widać, Trybunał wyraźnie wskazał na tzw. obiektywne uzasadnienie jako element dyskryminacji pośredniej. Jeśli zatem powód wykaże, że środek lub praktyka ma dyskryminujący skutek, ciężar dowodu zostaje przeniesiony na państwo, które musi wykazać, iż różnica w traktowaniu nie ma dyskryminującego charakteru.

Omawiana sprawa różniła się jednak od poprzednio rozpatrywanych, dotyczących segregacji dzieci romskich w szkołach, bowiem dostępne dane statystyczne nie potwierdzały, iż istniała ogólna polityka automatycznego umieszczania Romów w oddzielnych klasach. W jednej szkole 44% uczniów stanowili Romowie i 73% z nich uczęszczało do klas przeznaczonych wyłącznie dla Romów. W innej szkole 10% uczniów stanowili Romowie i 36% z nich uczęszczało do klas przeznaczonych wyłącznie dla Romów. W tej ostatniej nie stanowili oni zatem większości⁷⁹. ETPC przypomniał jednak, że dyskryminacja pośrednia

⁷⁶ Wyrok z 16 marca 2010 r. w sprawie *Oršuš i inni przeciwko Chorwacji*, skarga nr 15766/03.

⁷⁷ *Ibidem*, § 145.

⁷⁸ *Ibidem*, § 150.

⁷⁹ *Ibidem*, § 152.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

może być wykazana bez odwoływania się do dowodów statystycznych. W rezultacie najpierw zauważył ogólnie, że „środek polegający na umieszczaniu dzieci w oddzielnych klasach ze względu na ich niewystarczającą znajomość języka chorwackiego zastosowano wyłącznie w odniesieniu do uczniów narodowości romskiej w kilku szkołach (...) Tak więc oceniany środek wyraźnie stanowi różnicę w traktowaniu”⁸⁰. Następnie zaś w celu wsparcia tego ogólnego wniosku odwołał się do raportu opracowanego przez Europejską Komisję przeciw Rasizmowi i Nietolerancji. To wystarczyło, aby uznać, że zastosowany środek wprowadza dyskryminację pośrednią ze względu na pochodzenie etniczne, przy czym rządowi chorwackiemu nie udało się wykazać, że jest on obiektywnie uzasadniony, a ściślej zgodny z zasadą proporcjonalności.

Wnioski: Należy stwierdzić, że chociaż koncepcja dyskryminacji pośredniej pojawiła się stosunkowo późno w orzecznictwie strasburskim, to jednak Trybunał w kilku wydanych do tej pory wyrokach nie tylko starał się wskazać na jej kryteria, ale rozwinął także standardy dotyczące oceny ich występowania w praktyce (w tym reguły dowodowe obowiązujące w tego typu sprawach). W odniesieniu do pierwszej kwestii, a zatem elementów dyskryminacji pośredniej, zajmuje stanowisko zbliżone do regulacji przyjętych w tym zakresie w prawie wtórnym UE⁸¹. Wprawdzie początkowo ETPC kładł nieco większy nacisk na grupowy charakter polityki lub środka - wskazuje na to choćby stwierdzenie, jakim się posługiwał, „nawet jeśli nie jest on skierowany do tej grupy”. Jednakże w wyroku w sprawie *Oršuš i inni przeciwko Chorwacji* odniósł się on do środka wywołującego nieproporcjonalnie niekorzystne skutki alternatywnie dla „osób lub grup osób”. Może to oznaczać, że podobnie jak regulacje unijne, Trybunał Strasburski nie wyklucza, iż w praktyce negatywny wpływ może wystąpić także w stosunku do pojedynczej osoby wyróżnionej ze względu na chronione kryterium, np. jednej niepełnosprawnej osoby zatrudnionej w danej firmie, o ile tylko jest ona w stanie wykazać, że dany środek wywołał w stosunku do niej nieproporcjonalnie niekorzystne skutki (czy zgodnie z postanowieniami dyrektyw unijnych znalazła się w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych w pełni sprawnych pracowników).

Natomiast, jeśli chodzi o ocenę występowania w praktyce poszczególnych kryteriów dyskryminacji pośredniej, stanowisko Trybunału jest niezwykle korzystne dla osób

⁸⁰ Ibidem, § 153.

⁸¹ Por. Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, op. cit., s. 31, gdzie wskazano, że „ETPC oparł się na tej definicji dyskryminacji pośredniej w niektórych ze swoich niedawnych wyroków”.



należących do grup chronionych. Mianowicie, dopuszcza różne dowody pozwalające na ustalenie, że środek lub polityka wywołują w stosunku do nich nieproporcjonalnie niekorzystne skutki. Wśród nich znalazły się nie tylko dane statystyczne, ale także raporty przygotowane przez wiarygodne podmioty, np. uznane organizacje pozarządowe lub Europejską Komisję przeciw Rasizmowi i Nietolerancji. Co więcej, nie wyklucza się oceny opartej na tzw. zdrowym rozsądku, z uwzględnieniem faktu, że środek został zastosowany wyłącznie wobec osób należących do danej grupy, np. w odniesieniu do uczniów narodowości romskiej w kilku szkołach.

4. Regulacje i przykłady orzeczeń z wybranych państw członkowskich (Zjednoczone Królestwo, Holandia, i Francja)

Analizę regulacji prawnych oraz orzeczeń wydanych przez sądy wybranych państw członkowskich należy rozpocząć od przedstawienia rozwiązań przyjętych w tym zakresie w **Zjednoczonym Królestwie**, ponieważ tam najwcześniej przewidziano definicję dyskryminacji pośredniej. Warto jednak zauważyć, że z uwagi na jej ogólny charakter wprowadzono dodatkowe przepisy dotyczące dyskryminacji pośredniej w celu zapewnienia implementacji dyrektyw unijnych. I tak, do art. 1 ustawy o dyskryminacji ze względu na płeć z 1975 roku dodano regulację, która przewidywała, że „dana osoba dyskryminuje kobietę, jeśli stosuje wobec niej przepis, kryterium lub praktykę, którą stosuje lub stosowałaby w taki sam sposób wobec mężczyzny, ale która (i) stawia lub stawiałaby kobiety w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu z mężczyznami, (ii) stawia ją w takiej niekorzystnej sytuacji oraz (iii) w stosunku do której nie można wykazać, że stanowi proporcjonalny środek służący osiągnięciu celu zgodnego z prawem”⁸². Analogiczną regulację wprowadzono do ustawy o stosunkach rasowych z 1976 roku, z tym że w 2008 roku dokonano zmiany w odniesieniu do drugiego ze wskazanych warunków i przewidziano, że przepis, kryterium lub praktyka „stawia lub stawiałaby osoby danej rasy lub pochodzenia etnicznego w takiej niekorzystnej sytuacji”, co miało zapewnić zgodność z

⁸² Art. 1 (2b) ustawy o dyskryminacji ze względu na płeć z 1975 roku, tekst dostępny na stronie: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/65> (data dostępu: 13.06.2015)



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

dyrektywą 2000/43⁸³. W odniesieniu do kryteriów uregulowanych w dyrektywie 2000/78 przyjęto zaś nowe akty prawne.

Z uwagi na rozproszenie przepisów regulujących zagadnienie dyskryminacji w 2010 roku zdecydowano się na ich ujęcie w jednej ogólnej ustawie dotyczącej równości – Equality Act⁸⁴. Zawiera ona definicję dyskryminacji pośredniej odnoszącą się do takich cech chronionych, jak: płeć, rasa, religia lub wyznanie, wiek, niepełnosprawność, małżeństwo i związek partnerski, orientacja seksualna, zmiana płci. Art. 19 (2) ustawy przewiduje, że „przepis, kryterium lub praktyka ma dyskryminacyjny charakter w odniesieniu do danej cechy chronionej osoby B, jeśli:

- a) osoba A stosuje ją lub stosowałaby w stosunku do osób nie posiadających takiej cechy, jak osoba B,
- b) stawia ona lub stawiałaby osoby posiadające taką samą cechę chronioną jak B w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu z osobami nie posiadającymi takiej cechy,
- c) stawia lub stawiałaby B w takiej sytuacji,
- d) osoba A nie może wykazać, że stanowi ona proporcjonalny środek służący osiągnięciu celu zgodnego z prawem”.

Mamy zatem do czynienia z ogólną definicją, którą można stosować w stosunku do różnych kryteriów chronionych. Wydaje się jednak, że przez to staje się ona mniej przejrzysta, zwłaszcza jeśli chodzi o posługiwanie się hipotetycznymi osobami A i B. Wątpliwości budzą też osobne ujęcie drugiego i trzeciego kryterium. Osoba dotknięta dyskryminacją pośrednią musi bowiem wykazać nie tylko, że przepis, kryterium lub praktyka stawia lub stawiałaby ją w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu z osobami nie posiadającymi danej cechy chronionej, ale również, że osoby posiadające taką cechę, jak ona, są lub byłyby w takiej sytuacji (trzeba zatem dowieść, że istnieje taka grupa osób). Tymczasem zgodnie z regulacjami dyrektyw unijnych dyskryminacja pośrednia może mieć miejsce, jeśli tylko jedna osoba należąca do grupy chronionej znalazła się w szczególnie niekorzystnym położeniu. Warto zatem zobaczyć, jak do tych kryteriów odnoszą się sądy brytyjskie oraz jakich dowodów wymagają dla wykazania dyskryminacji pośredniej.

⁸³ Por. art. 1 A ustawy o stosunkach rasowych z 1976 roku, tekst dostępny na stronie: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/74> (data dostępu: 13.06.2015).

⁸⁴ Tekst dostępny na stronie: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15> (data dostępu 13.06.2015)



Na przykład, w sprawie *Azmi przeciwko Kirklees Metropolitan Council*⁸⁵ rozpatrywano zarzut dyskryminacji bezpośredniej oraz pośredniej podniesiony przez Muzułmankę, która uczyła w szkole podstawowej i została zawieszona w związku z tym, że uczyła angielskiego w chuście z zasłoniętą twarzą. Władze szkoły wskazywały, że takie działanie było uzasadnione, bowiem dzieci, z których większość nie była anglojęzyczna, miały duże problemy z jej zrozumieniem, kiedy mówiła przez zasłonę na twarzy. Sąd uznał, że powódka nie była ofiarą dyskryminacji bezpośredniej opartej na religii, bowiem jej zawieszenie opierało się nie na jej wyznaniu, ale na tym, że nosiła zasłonę na twarzy. Gdyby zatem inne kobiety, nie będące Muzułmankami, zdecydowały się nosić taką zasłonę, również zostałyby zawieszone w prawach nauczycielskich. Jednakże sąd doszedł do wniosku, że dyskryminacja oparta na noszeniu religijnego symbolu, jak zasłona na twarzy, która jest związana z konkretną wiarą, może stanowić dyskryminację pośrednią ze względu na religię. Jego zdaniem jednak w tej sprawie mieliśmy do czynienia z usprawiedliwionym działaniem szkoły, opartym na potrzebie nauczania i podjętym w najlepszym interesie uczniów. Widać zatem, że wprawdzie sąd nie badał szczegółowo negatywnego wpływu środka na wszystkie muzułmańskie kobiety, uznając, że sama powódka znalazła się w szczególnie niekorzystnej sytuacji, ale za to dość łagodnie podszedł do wymogu obiektywnego uzasadnienia, np. nie badał, czy zastosowane rozwiązanie miało proporcjonalny charakter, a zatem czy nie można było podjąć innych kroków służących interesom uczniów bez potrzeby zawieszenia w prawach ich nauczycielki.

Kolejne rozstrzygnięcie w sprawie *Eweida przeciwko British Airways plc*⁸⁶ dotyczyło zakazu noszenia przez pracowników biżuterii (w tym ze względów religijnych) na ubraniu służbowym. Pracownica będąca chrześcijanką twierdziła, że stanowiło to dyskryminację ze względu na jej wyznanie, ponieważ nie pozwalano jej nosić krzyża. Podczas sprawy i późniejszych odwołań sądy były gotowe przyjąć, że mogło to stanowić pośrednią dyskryminację ze względów religijnych, jeżeli można by udowodnić, że wiara chrześcijańska

⁸⁵ Wyrok Trybunału do spraw Zatrudnienia z 19 października 2006 r., sprawa nr 1801450/06, opis sprawy na podstawie The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *News from the EU Member States*, European Anti-Discrimination Law Review 2007, nr 5, s. 99-100.

⁸⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego Zjednoczonego Królestwa z 12 lutego 2010 r. w sprawie *Eweida przeciwko British Airways plc*, EWCA Civ 80, cyt. za: Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, Luksemburg: Urząd Publikacji Unii Europejskiej 2011, s. 143-144.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

nakazuje noszenie krzyża⁸⁷. Warto jednak zauważyć, że w pierwszej instancji sprawa została oddalona, z tego względu, że polityka British Airways nie prowadziła do szczególnie niekorzystnej sytuacji Chrześcijan jako grupy. Podobnie w instancjach odwoławczych wymagano do powódki wykazania zbiorowej niekorzystnej sytuacji. W postępowaniu przed sądem apelacyjnym Pani Eweida wskazywała, że sąd odwoławczy do spraw zatrudnienia (Employment Appeal Tribunal) niesłusznie wymagał od niej wykazania, że była ona częścią grupy dotkniętej dyskryminacją ze względu na religię. Twierdziła, że wystarczające jest udowodnienie, że to ona znalazła się w szczególnie niekorzystnej sytuacji. Jej apelacja nie została jednak uwzględniona, oparto się bowiem na ustaleniu, że jej roszczenie wiąże się z osobistym sprzeciwem, i że nie doszło do ingerencji w prawo do praktykowania swojej wiary. Sąd apelacyjny podkreślił przy tym, że dyskryminacja pośrednia wymaga choćby elementu zbiorowej niekorzyści⁸⁸. Po przegraniu sprawy przed sądami krajowymi powódka wniosła sprawę przeciwko Zjednoczonemu Królestwu do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który wydał korzystne dla niej rozstrzygnięcie. Jak widać, wymóg wykazania, że mamy do czynienia z całą grupą osób, która znalazła się w szczególnie niekorzystnej sytuacji, może utrudniać dochodzenie roszczeń przez ofiary dyskryminacji. W związku z tym, że nie jest on zgodny z prawem unijnym należałoby albo dokonać odpowiednich zmian w regulacjach prawnych Zjednoczonego Królestwa, albo też złagodzić ten wymóg w praktyce. Warto dodać, że w międzyczasie pracodawca uchylił zakaz noszenia biżuterii o religijnym charakterze, a zatem sam uznał, że mógł on prowadzić do pośredniej dyskryminacji ze względu na religię.

Podobne sprawy rozstrzygają **sądy holenderskie oraz opiniuje Komisja ds. Równego Traktowania** (od 2012 roku jej zadania przejął Holenderski Instytut Praw Człowieka). Należy jednak zauważyć, że początkowo definicja dyskryminacji pośredniej w prawie holenderskim miała bardzo ogólny charakter – w akcie dotyczącym równego traktowania⁸⁹ przewidziano, że jest to dyskryminacja oparta na innych cechach lub

⁸⁷Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, op. cit., s. 144.

⁸⁸ Opracowano na podstawie A. McColgan, *Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Country Report 2013, the United Kingdom, s. 196-197, dostępny na stronie: <http://www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination> (data dostępu: 23.06.2015).

⁸⁹Został on przyjęty w 1994 roku, a zmieniony w 2004 roku i później w 2011 roku. Zawiera ogólne regulacje zapewniające ochronę przed dyskryminacją ze względu na religię, wyznanie, poglądy polityczne, rasę, narodowość, płeć, orientację seksualną lub status cywilny, tekst aktu w poprzedniej wersji dostępny na stronie:



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

zachowaniu, niż te, do których odwołuje się punkt b (chodzi zatem o inne cechy niż religia, wyznanie, poglądy polityczne, rasa, narodowość, płeć, orientacja seksualna lub status cywilny), która prowadzi do dyskryminacji bezpośredniej. Analogiczne definicje zawierały: akt dotyczący równego traktowania ze względu na niepełnosprawność lub chroniczną chorobę z 2003 roku oraz akt dotyczący równego traktowania bez względu na wiek w zakresie zatrudnienia z 2004 roku. Wyraźnie podkreślono w ten sposób, że ta forma nierównego traktowania, mimo że nie opiera się na zakazanych przez prawo kryteriach, to jednak wywołuje takie same skutki, jak dyskryminacja bezpośrednia. W związku z zarzutami Komisji Europejskiej, że te postanowienia nie zapewniają dostatecznej ochrony ofiarom dyskryminacji (w 2008 roku wszczęte zostało postępowanie przeciwko Holandii m.in. w związku z niezgodnością definicji dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej z postanowieniami dyrektyw unijnych), w 2011 roku dokonano zmian we wskazanych wyżej aktach prawnych. Wprowadzono do nich definicje odzwierciedlające regulacje unijne, z tym wyjątkiem, że posługują się one terminem „rozdzielenie” zamiast „dyskryminacja”. W rezultacie w prawie holenderskim dotyczącym równego traktowania przyjęto definicję, zgodnie z którą „pośrednie rozdzielenie występuje, jeśli pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka wpływałby w szczególny sposób na osoby danej rasy itd.”⁹⁰. Można je usprawiedliwić zgodnym z prawem celem, jednak środki zastosowane dla jego osiągnięcia muszą być odpowiednie i konieczne.

Warto zatem przytoczyć przykłady opinii wydanych przez Komisję ds. Równego traktowania oraz rozstrzygnięć sądów holenderskich w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej. Często rozpatrywanym problemem była odmowa przyjęcia do pracy bądź zwolnienie z powodu negatywnego stanowiska kandydata lub pracownika odnośnie powitania przez podanie ręki. Na przykład, w opinii z 27 marca 2006 roku Komisja ds. Równego Traktowania⁹¹ wypowiedziała się w sprawie, w której Muzułmance odmówiono przyjęcia do szkoły, w której zamierzała odbyć szkolenie, bowiem wskazała, że nie chce uściśnąć ręki mężczyzny. Komisja wyraziła opinię, że jest to sposób wyrażenia wiary, a zatem, że taka

<https://mensenrechten.nl/sites/default/files/2013-05-08.Legislation%20Equal%20Treatment.pdf> (data dostępu: 17.06.2015).

⁹⁰ Cyt za: R. Holtmaat, *Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Country Report 2013, the Netherlands*, s. 34, dostępny na stronie <http://www.non-discrimination.net/countries/netherlands> (data dostępu: 17.06.2015)

⁹¹ *Ibidem*, s. 155.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

odmowa może stanowić dyskryminację pośrednią opartą na religii. Jej zdaniem występują też inne sposoby okazywania szacunku, niż za pomocą podania ręki. Warto jednak zauważyć, że kiedy w podobnej sprawie (chodziło o zwolnienie nauczycielki, która odmówiła podawania ręki mężczyznom, ale jako przyczynę podano utratę zaufania między pracodawcą a pracownikiem) wypowiadały się sądy, nie dopatrzyły się naruszenia regulacji prawnych dotyczących dyskryminacji pośredniej. Sąd orzekający w pierwszej instancji uznał zwolnienie za zgodne z prawem i stwierdził, że wolność religii, ani też żadna inna fundamentalna zasada nie zostały naruszone. Natomiast sąd rozpatrujący odwołanie w swojej decyzji z 11 maja 2009 roku⁹² wskazał, że w omawianej sprawie mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią opartą na religii, jednakże szkoła kierowała się słusznym celem, wymagając, aby nauczyciele podawali dłoń bez względu na płeć, bowiem chciano w ten sposób zapewnić zgodność ze zwyczajem panującym w społeczeństwie holenderskim. Zauważył przy tym, że nauczycielka odmówiła przyjęcia stanowiska administracyjnego w szkole, w ramach którego nie musiałaby podawać ręki innym ludziom. W rezultacie zwolnienie zostało uznane za zgodne z prawem, bowiem zdaniem organu odwoławczego było uzasadnione zgodnym z prawem celem, a przy tym niezbędne i proporcjonalne.

Podobne rozstrzygnięcie zapadło w sprawie, która dotyczyła zakazu noszenia przez kierowcę tramwaju naszyjnika z krzyżem na ubraniu służbowym⁹³. Został on wydany przez firmę transportową miasta Amsterdam w odniesieniu do wszelkich naszyjników w celu zapewnienia profesjonalnego wyglądu personelu, jak również ze względów bezpieczeństwa. Kierowca tramwaju twierdził, że noszenie krzyża jest istotne dla jego wiary, i że jest ofiarą dyskryminacji ze względu na religię. W tym zakresie wskazywał ponadto, że nowy mundur uwzględnia chusty dla kobiet muzułmańskich. Sąd w pierwszej instancji orzekł, że wymagania dotyczące ubioru przewidziane przez firmę transportową nie były nieuzasadnione i nie stanowiły ani bezpośredniej, ani pośredniej dyskryminacji ze względu na religię. Zakaz noszenia naszyjników miał bardzo ogólny charakter, więc nie odnosił się tylko do osób, które noszą symbole religijne. Sąd wskazał także, że chusty nie można porównać z naszyjnikiem,

⁹² Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440.

⁹³ Wyrok w pierwszej instancji zapadł 14 grudnia 2009 roku, a w drugiej 15 czerwca 2010 roku, ECLI:NL:RBAMS:BK6378, ECLI:NL:GHAMS:BM7410, treść rozstrzygnięć omówiono na podstawie R. Holtmaat, *Report on Measures to Combat Discrimination...*, s. 157.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

bowiem nie da jej się nosić w niewidoczny sposób. Natomiast krzyż może być noszony pod ubraniem, a w razie konieczności także w widoczny sposób na pierścionku lub bransoletce, za które firma zaoferowała się zapłacić. Nieco inaczej ocenił ten stan faktyczny sąd apelacyjny, który uznał, że zakaz noszenia krzyża stanowi dyskryminację pośrednią opartą na religii. Jednakże jego zdaniem cel polegający na zapewnieniu profesjonalnego i neutralnego wyglądu pracowników jest zgodny z prawem, a środki wybrane do jego osiągnięcia są właściwe i konieczne. W rezultacie sąd odwoławczy stwierdził, że dyskryminacja pośrednia jest obiektywnie uzasadniona i utrzymał wyrok wydany w pierwszej instancji. Podobnie zatem, jak w poprzednio omówionej sprawie zajęto dość łagodne stanowisko, jeśli chodzi o ocenę obiektywnego uzasadnienia.

Inaczej podchodzi do tego aspektu Komisja ds. Równego Traktowania, która często zwraca uwagę na nieproporcjonalny charakter zastosowanych środków. Przykładem może być jej opinia z 1 lutego 2010 roku w sprawie, która dotyczyła klubu przy plaży organizującego przyjęcia i stosującego zasadę, że mogą na nie przychodzić jedynie mężczyźni w towarzystwie kobiet⁹⁴. Skarga została wniesiona przez organizację homoseksualistów, która twierdziła, że taka praktyka stanowi dyskryminację opartą na płci i/lub orientacji seksualnej. Komisja stwierdziła, że prowadzi ona do bezpośredniego rozróżnienia ze względu na płeć, bowiem mężczyznom mają na przyjęciach towarzyszyć kobiety, a takiego samego wymogu nie zastosowano wobec kobiet. Ma zatem miejsce dyskryminacja bezpośrednia, której nie można uzasadnić w sposób zgodny z prawem. Z kolei w odniesieniu do argumentu, że taka praktyka stanowi zarazem pośrednią dyskryminację ze względu na orientację seksualną, Komisja doszła do wniosku, że rzeczywiście ma ona negatywny wpływ na homoseksualnych mężczyzn, ponieważ nie mogą przyjść na przyjęcie ze swoim partnerem w przeciwieństwie do heteroseksualnych mężczyzn. Klub wskazywał jednak na obiektywne uzasadnienie swojej praktyki, która przyczyniła się do dobrej atmosfery i pozwoliła uniknąć agresywnych zachowań po stronie odwiedzających mężczyzn. Komisja nie uznała tych argumentów, gdyż jej zdaniem nie tylko klub nie stosował własnej reguły w sposób ścisły, ale również istniały inne sposoby osiągnięcia celu, jakim jest zapewnienie dobrej atmosfery. Widać zatem, że w kontekście ustalania negatywnego wpływu na osoby należące do grupy chronionej nie

⁹⁴ Opinia Komisji 2010-19, omówiona na podstawie R. Holtmaat, *Report on Measures to Combat Discrimination...*, s. 162.



wymagano przeprowadzania szczegółowych dowodów, np. opartych na statystykach. Z kolei w kontekście obiektywnego uzasadnienia Komisja skupiła się na ocenie proporcjonalności stosowanej praktyki, wskazując na inne alternatywne środki, które mogły zostać zastosowane przez stronę pozwaną.

Ciekawy przykład stanowią także regulacje prawne obowiązujące **we Francji**. Mianowicie, prawo francuskie pierwotnie nie przewidywało regulacji dotyczącej dyskryminacji pośredniej – uregulowano ją w kodeksie pracy dopiero w 2001 roku⁹⁵ (sekcja L. 1132-1 LC, dodana przez ustawę z 16 listopada 2001). Po wszczęciu przez Komisję Europejską procedury dotyczącej naruszenia prawa UE, m.in. w związku z niepełną implementacją postanowień dyrektyw dotyczących dyskryminacji pośredniej, 27 maja 2008 roku została przyjęta ustawa (nr 2008-496), która zmieniła przepisy kodeksu pracy dotyczące dyskryminacji, w tym wprowadziła stosowne definicje. Zgodnie z jej postanowieniami „dyskryminację pośrednią stanowi przepis, kryterium lub praktyka pozornie neutralna, ale która może prowadzić, z jednego z powodów wymienionych w paragrafie pierwszym (tj. rasy, pochodzenia etnicznego, religii, przekonań, wieku, niepełnosprawności, orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, płci lub miejsca zamieszkania, dopisek J. M.-N.) do szczególnie niekorzystnej sytuacji osób w stosunku do innych osób, chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć realizacji tego celu są właściwe i konieczne”⁹⁶. Definicję tę można uznać za zgodną z przepisami dyrektyw.

Warto zauważyć, że jeszcze zanim doszło do przyjęcia tych regulacji dostosowujących prawo francuskie do standardów unijnych Izba ds. Społecznych Sądu Kasacyjnego wydała w styczniu 2007 roku rozstrzygnięcie określające warunki stosowania koncepcji dyskryminacji

⁹⁵ Sekcja L. 1132-1 LC, dodana przez ustawę z 16 listopada 2001, informacje na podstawie S. Latraverse, *Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Country Report 2013, France, s. 43, dostępny na stronie: <http://www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination> (data dostępu: 23.06.2015).

⁹⁶ „Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés” (art. 1 § 2 ustawy), jej tekst w j. francuskim dostępny jest na stronie: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018877783&fastPos=2&fastReqId=1895272296&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte> (data dostępu : 23.06.2015).



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

pośredniej⁹⁷. Sprawa dotyczyła interpretacji postanowień porozumienia zbiorowego, które odnosiły się do sposobu obliczania czasu pracy i przewidywały, że może się on wahać od 44 godzin pracy tygodniowo w okresie wzmożonej pracy do 21 godzin w okresie niskiej aktywności, natomiast przeciętnie rocznie ma wynosić 35 godzin tygodniowo. Porozumienie przewidywało również, że jednolite tygodniowe wynagrodzenie będzie obliczane na podstawie średnich rocznych godzin pracownika, czyli na podstawie średniej 35 godzin w tygodniu, niezależnie od rzeczywistej liczby godzin przepracowanych w danym tygodniu, jednakże na koniec roku miała nastąpić jego regulacja na podstawie obliczenia rzeczywistego czasu pracy pracowników. Pracownik pozostawał na zwolnieniu w związku ze swoim stanem zdrowia w okresie wzmożonej pracy przez dwa lata. Pojawiło się zatem pytanie, jak obliczyć wynagrodzenie za ten okres, przy czym pracodawca zamierzał obliczyć je na podstawie średniego 35-godzinnego czasu pracy, a nie 44-godzinnego obowiązującego w okresie wzmożonej aktywności. Strony nie podnosiły wprawdzie argumentów związanych z dyskryminacją pośrednią, ale Sąd Kasacyjny uwzględnił ją z urzędu. Wskazał zatem, że wybrany sposób obliczania czasu pracy i wynagrodzenia jest pozornie neutralny i nie jest sam w sobie dyskryminujący, ale stanowi środek, który ma niekorzystny pośredni wpływ ze względu na stan zdrowia pracownika. Sąd nie ograniczył się zatem do rozważenia intencji stron, ale wziął pod uwagę również efekt danej interpretacji porozumienia. W rezultacie uznał go za dyskryminujący pośrednio na podstawie stanu zdrowia i wskazał, iż porozumienia zbiorowe nie mogą być realizowane, jeśli ich postanowienia mają negatywne skutki dla zakazanych kryteriów dyskryminacji⁹⁸. Tym samym zasugerował, że żaden uzasadniony cel nie może uzasadnić dyskryminujących skutków porozumienia zbiorowego. Omawiane rozstrzygnięcie jest uważane za poważny sygnał dla partnerów społecznych w zakresie konieczności gruntownego przeglądu obowiązujących porozumień zbiorowych, w celu zmiany przepisów, które mogą być pośrednio dyskryminujące⁹⁹.

⁹⁷ Wyrok z 9 stycznia 2007 roku, nr sprawy 05-43962. Omówiony na podstawie S. Latraverse, *Report on Measures to Combat Discrimination...*, s. 44-45 i 180.

⁹⁸ Zgodnie z przepisami francuskimi obok niepełnosprawności należy do nich także zdrowie. Por. szerzej Ch. Tobler, Tobler Ch., *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G2, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2008, s. 59.

⁹⁹ S. Latraverse, *Report on Measures to Combat Discrimination...*, s. 45.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

Z kolei w wyroku z 17 listopada 2010 w sprawie *Banque Finaref*¹⁰⁰ Sąd Kasacyjny uznał, że ograniczenie odszkodowania za zwolnienie, z tego względu, że pracownikowi brakuje dwóch lat do pełnej emerytury, jest praktyką opartą na pozornie neutralnym kryterium, które może stanowić pośrednią dyskryminację ze względu na wiek. Jednakże w dalszej części wyroku Sąd uznał, że spełnione zostały wymogi związane z uzasadnieniem, w tym zapewniono zgodność z zasadą proporcjonalności. W rezultacie stwierdził, że system rekompensat nie był dyskryminujący. Takie stanowisko należy wiązać z szerszą możliwością uzasadnienia dyskryminacji opartej na kryterium wieku, co przewiduje art. 6 dyrektywy 2000/78, który implementowano we francuskim kodeksie pracy w art. L1133-1.

W 2012 roku Rada Stanu po raz pierwszy posłużyła się pojęciem dyskryminacji pośredniej w sprawie odnoszącej się do dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność oraz zmniejszenie zmiennej części wynagrodzenia urzędnika sprawującego funkcję prokuratora, który stracił słuch¹⁰¹. Aby zapewnić powodowi możliwość kontynuowania jego działalności zawodowej, dokonano zmiany w zakresie jego obowiązków – w miejsce przesłuchań powierzono mu zadania o administracyjnym charakterze. W tym samym roku nastąpiło znaczne obniżenie zmiennej części jego wynagrodzenia, w rezultacie wysokość jego premii stała się najniższa w jurysdykcji. Przedstawione przez Prokuratora Generalnego uzasadnienie, które zaakceptowały sądy niższych instancji, opierało się na wskazaniu, że premie mają zrekompensować największy ciężar służby, który wiąże się z przeprowadzaniem przesłuchań, a w rezultacie zmiany w zakresie obowiązków powoda został on przeniesiony na innych urzędników, wskutek czego wzrosło ich obciążenie. Dlatego obniżenie wynagrodzenia należy uznać za obiektywnie uzasadnione. Rada Stanu nie zgodziła się z tą argumentacją i zdecydowała, że z uwagi na brak transpozycji dyrektywy 2000/78 w przepisach odnoszących się do statusu sędziów i prokuratorów należy rozważyć możliwość jej bezpośredniego stosowania. W rezultacie uznała, że prawo do racjonalnych usprawnień przewidziane w artykule 5 dyrektywy odnosi się także do ich statusu. Obowiązek racjonalnych usprawnień, jaki spoczywa na pracodawcy, wiąże się z zapewnieniem, że podjęte środki nie będą prowadzić do niekorzystnej sytuacji w zakresie wynagrodzenia i zapewnią prawidłowy

¹⁰⁰ Ibidem, s. 45-46.

¹⁰¹ Wyrok z 11 lipca 2012 roku w sprawie Volot-Pfiser przeciwko Ministry of Justice, sprawa nr 347703. Por. szerzej S. Latraverse, *Report on Measures to Combat Discrimination...*, s. 46 i 205-206.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

rozwój zawodowy. Porównanie poczynionych nakładów pracy w wyniku podjętych środków dostosowawczych związanych z niepełnosprawnością prowadzi do sytuacji, w której racjonalne usprawnienia mają negatywny wpływ na wysokość wynagrodzenia i prowadzą do dyskryminacji pośredniej. Rada Stanu wskazała, że aby jej zapobiec, należy ocenić wkład pracy powoda dla celów ustalenia jego premii. Ocena ta musi być dokonana *in concreto* i uwzględniać zadania zlecone mu w związku z jego niepełnosprawnością. Jest to pierwsza decyzja Rady Stanu odnosząca się do dyskryminacji pośredniej i równego traktowania różnych sytuacji. W ten sposób dała jasny sygnał odnośnie konieczności znalezienia środków służących zapobieżeniu sytuacji, w której racjonalne usprawnienia mają negatywny wpływ na wynagrodzenia i sytuację zawodową niepełnosprawnych urzędników¹⁰².

Wnioski: Nie wszystkie państwa członkowskie od razu dokonały pełnej implementacji dyrektyw unijnych 2000/43 i 2000/78. We Francji dopiero pod wpływem postępowania wszczętego przez Komisję Europejską wprowadzono stosowne definicje, w tym dyskryminacji pośredniej. Obecnie obowiązujące regulacje prawne przeważnie uwzględniają standardy unijne dotyczące dyskryminacji pośredniej. Wyjątek w tym zakresie stanowi definicja obowiązująca w Zjednoczonym Królestwie. Należy stwierdzić, że wymóg odnoszący się do zbiorowego negatywnego wpływu przepisu, kryterium lub praktyki jest niezgodny z prawem UE i jako taki powinien zostać uchylony bądź też należy odejść od niego w praktyce stosowania prawa (tak, jak wskazywała na to powódka w sprawie *Eweida przeciwko British Airways plc*). Pozostałe przykłady opinii lub rozstrzygnięć sądów wskazanych wyżej państw członkowskich pokazują jednak, że wymóg odnoszący się do szczególnie niekorzystnej sytuacji osoby posiadającej daną cechę chronioną w porównaniu z innymi osobami (nieposiadającymi takiej cechy) nie jest traktowany w sposób rygorystyczny. Wystarczy przy tym, aby jedna osoba znalazła się w takiej sytuacji, np. wyznająca daną religię, z daną niepełnosprawnością itd. W niektórych sprawach sądy z urzędu stwierdzają występowanie dyskryminacji pośredniej, z uwagi na niekorzystny skutek danego postanowienia, kryterium lub praktyki. Nieco inaczej natomiast przedstawia się sprawa ewentualnego obiektywnego uzasadnienia. Wydaje się, że w tym zakresie stosowane jest zbyt łagodne podejście, co w rezultacie prowadzi do usprawiedliwienia pośrednio dyskryminującego środka. Tymczasem bardziej rygorystyczna kontrola obiektywnego

¹⁰² Ibidem, s. 206.



uzasadnienia może przyczynić się do zwiększenia skuteczności zakazu dyskryminacji pośredniej.

5. Definicje dyskryminacji pośredniej obowiązujące w prawie polskim oraz praktyka stosowania tej koncepcji

Definicja dyskryminacji pośredniej występuje w kodeksie pracy oraz w ustawie z 3 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania¹⁰³. Są to podstawowe akty prawne implementujące dyrektywy unijne do polskiego porządku prawnego. Definicje form dyskryminacji wprowadzone początkowo do kodeksu pracy były częściowo odmienne, co spotkało się z uzasadnioną krytyką¹⁰⁴. Najważniejsze niezgodności zostały usunięte nowelizacją kodeksu pracy z 2008 roku¹⁰⁵, która zaczęła obowiązywać w dniu 18 stycznia 2009 roku. Nadal jednak występują różnice w odniesieniu do sposobu regulacji negatywnego wpływu środka na osobę należącą do grupy chronionej, co jest o tyle istotne, że wykazanie wystąpienia tego elementu dyskryminacji pośredniej należy do jej potencjalnej ofiary.

Mianowicie, zgodnie z art. 18^{3a} §4 kodeksu pracy „dyskryminowanie pośrednie istnieje wtedy, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych **wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej** (podkreślenie J. M.-N.) ze względu na jedną lub kilka przyczyn określonych w § 1 (tj. płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy), chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione

¹⁰³ Dz. U. z 2010, nr 254, poz. 1700.

¹⁰⁴ W. Burek, W. Klaus, *Definiowanie dyskryminacji w prawie polskim w świetle prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2013, tom XI, s. 85-86.

¹⁰⁵ Dz. U. z 2008, nr 223, poz. 1460.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne”.

W sprawach związanych z prawem pracy nie wystarczy zatem wykazać, że dane postanowienie, kryterium lub praktyka, choć pozornie neutralna, to jednak prowadzi lub mogłaby prowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji osoby posiadającej jedną z cech chronionych, ale że skutek taki występuje wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej. Taki wymóg może być trudny do wykazania w praktyce, np. w przypadku osób niepełnosprawnych, co potwierdza orzecznictwo sądów polskich (patrz niżej). Nie przewidują go przepisy wyżej przedstawionych dyrektyw 2000/43, 2000/78, 2004/113 oraz 2006/54. Jest to raczej regulacja odpowiadająca wcześniej obowiązującej dyrektywie 97/80 z 15 grudnia 1997 r. dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć¹⁰⁶. Trudno więc zgodzić się z poglądem, iż „mimo pewnych nadal występujących różnic (zwłaszcza w kodeksie pracy), zasadniczo należy ocenić, że definicje dyskryminacji w tych dwóch ustawach są tożsame z definicjami zawartymi w dyrektywach”¹⁰⁷. Nie tylko bowiem sposób regulacji dyskryminacji pośredniej różni się od obecnie obowiązujących przepisów unijnych, ale również inaczej unormowano jej kryteria w ustawie z 3 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, która od 1 stycznia 2011 roku znajduje zastosowanie w obszarach nieuregulowanych w kodeksie pracy¹⁰⁸.

W jej art. 3 (2) przewidziano bowiem, że „dyskryminacja pośrednia to sytuacja, w której dla osoby fizycznej ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość,

¹⁰⁶ W jej art. 2 ust. 2 przewidziano, że: „pośrednia dyskryminacja ma miejsce wtedy, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka pogarsza sytuację znacznie większej części przedstawicieli jednej płci, chyba że przepis ten, kryterium lub praktyka są właściwe i niezbędne oraz mogą być usprawiedliwione obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z płcią”.

¹⁰⁷ W. Burek, W. Klaus, op. cit., s. 86.

¹⁰⁸ Zgodnie z art. 4 „ustawę stosuje się w zakresie: 1) podejmowania kształcenia zawodowego, w tym doksztalcania, doskonalenia, przekwalifikowania zawodowego oraz praktyk zawodowych; 2) warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej; 3) przystępowania i działania w związkach zawodowych, organizacjach pracodawców oraz samorządach zawodowych, a także korzystania z uprawnień przysługujących członkom tych organizacji; 4) dostępu i warunków korzystania z: a) instrumentów rynku pracy i usług rynku pracy (...), b) zabezpieczenia społecznego, c) opieki zdrowotnej, d) oświaty i szkolnictwa wyższego, e) usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie”. Należy jednak zauważyć, że obszary zastosowania określone w pkt 4 b, c, d i e nie dotyczą wszystkich kryteriów – odnoszą się do rasy, pochodzenia etnicznego i narodowości (por. art. 6 i 7 ustawy).



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje lub szczególnie niekorzystna dla niej sytuacja, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne”. Mamy więc do czynienia z zasadniczym powtórzeniem definicji zawartych w dyrektywach unijnych, z tą jednak różnicą, że nie odniesiono się do porównania z innymi osobami nie posiadającymi tzw. cechy chronionej.

W przypadku pozostałych aktów prawnych, nieposiadających wyraźnych definicji, kluczowa jest oczywiście praktyka stosowania i interpretowania tych przepisów przez organy sądowe. Wydaje się, że naturalnym procesem w tym zakresie powinno być odwoływanie się do definicji wynikających z prawa UE¹⁰⁹, zwłaszcza jeśli chodzi o regulacje przyjęte pod jego wpływem, a zatem zawarte w kodeksie pracy i w ustawie o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Tymczasem praktyka stosowania tych przepisów jest dość zróżnicowana.

Na przykład, sąd rejonowy w Warszawie w wyroku z 21 maja 2008 roku w sprawie Małgorzata K.D. przeciwko Polskiemu Radiu S.A.¹¹⁰ uznał, że w procesie zwolnień grupowych w Polskim Radiu miała miejsce dyskryminacja pośrednia. Lista pracowników objętych takim zwolnieniem została ustalona na podstawie niejasnych kryteriów (wielu z nich wymieniono jako osoby zwolnione w związku z potrzebą „racjonalizacji struktury zatrudnienia”). Działaniom ze strony pracodawcy towarzyszyły przy tym oświadczenia członków zarządu, że pracownicy radia byli za starzy. W rezultacie po zwolnieniu kilku spośród pracowników zgłosiło swoje roszczenia. Umowa pracy powódki została wprawdzie rozwiązana za porozumieniem stron, jednak twierdziła ona, że działała pod presją, bowiem znalazła się na liście osób, które miały zostać zwolnione. Wskazywała przy tym, że planowane zwolnienie w istocie miało dyskryminujący charakter ze względu na wiek, przekonania polityczne oraz przynależność do związków zawodowych (powódka była

¹⁰⁹W. Burek, W. Klaus, op. cit., s. 86.

¹¹⁰ VII P 937/07, wyroki wydane w tej sprawie w kolejnych instancjach omówiono na podstawie Ł. Bojarski *Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Country Report 2013, Poland*, s. 177-178, dostępny na stronie: <http://www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination> (data dostępu: 26.06.2015).



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

aktywną przywódczynią związkową i krytykowała politykę dotyczącą zwolnień zbiorowych). Sąd rejonowy uznał, że pozornie neutralne postanowienie, jakie znalazło się wśród regulacji dotyczących zwolnień, a wymieniało kilka kryteriów, które miały być brane pod uwagę w tym procesie, w rzeczywistości prowadziło do dyskryminacji ze względu na wiek. Potwierdzała to także struktura wiekowa osób, które miały zostać zwolnione (obejmowała ona 295 nazwisk, spośród których tylko 21 osób miało mniej niż 40 lat). Polskie Radio nie wykazało, że przyczyny zwolnienia były obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć jego realizacji właściwe i konieczne.

W dniu 7 maja 2009 roku sąd okręgowy w Warszawie uchylił jednak decyzję sądu rejonowego i nakazał ponowne rozpatrzenie sprawy. Sąd ten uznał postępowanie przeprowadzone w pierwszej instancji za nieważne, ze względu na zmianę w czasie jego trwania jednego z ławników. 29 czerwca 2010 roku sąd rejonowy w Warszawie, po ponownym rozpatrzeniu sprawy, orzekł na korzyść skarżącej i potwierdził, że jej zwolnienie było dyskryminujące. W rezultacie otrzymała odszkodowanie w wysokości 1.126 PLN - równe oficjalnej płacy minimalnej. Jest to przykład pozytywnego podejścia sądu do zjawiska dyskryminacji pośredniej. Wprawdzie mieliśmy tu do czynienia z grupą osób starszych, które znalazły się w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do osób młodszych, a zatem łatwiej było wykazać, że negatywny skutek pozornie neutralnego postanowienia wystąpił wobec “znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej”, w tym przypadku ze względu na wiek. Należy jednak zauważyć, że nie wymagano od powódki przeprowadzenia złożonego dowodu owego negatywnego wpływu, ale wystarczająca okazała się lista pracowników, którzy mieli podlegać zwolnieniom i analiza ich struktury wiekowej.

Nieco inne stanowisko zajął natomiast Sąd Najwyższy w wyroku z 4 czerwca 2008 roku (sygn. II PK 292/07)¹¹¹. Sprawa dotyczyła stosowanego przez Telewizję Polską SA regulaminu wynagradzania, zgodnie z którym przy ustalaniu prawa pracownika do nagrody jubileuszowej uwzględnia się wszystkie okresy zatrudnienia poświadczone świadectwem pracy. Zasada ta była stosowana do wszystkich pracowników pozwanej spółki, a wykazywanie poprzednich okresów zatrudnienia dokumentami innymi niż świadectwo pracy powodowało odmowę wypłaty nagrody jubileuszowej. Powód – Andrzej M. - zarzucał, iż

¹¹¹ Tekst wyroku dostępny na stronie: <http://sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/I%20PK%20292-07.pdf> (data dostępu: 27.06.2015)



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

warunek udokumentowania stażu pracy świadectwem pracy w jego przypadku miał charakter dyskryminacji pośredniej, bowiem okres jego zatrudnienia u jednego z pracodawców - Głównego Urzędu Kontroli Prasy, Publikacji i Widowisk nie został potwierdzony świadectwem pracy, a Urząd ten został zlikwidowany w 1990 r. Sądy kolejnych instancji podkreśliły, że wymóg udokumentowania okresów zatrudnienia świadectwem pracy stosowany był jednakowo w stosunku do wszystkich zatrudnionych przez pozwaną Spółkę pracowników. Sąd okręgowy wskazał wprost, że brak w regulaminie wynagradzania alternatywnego sposobu potwierdzenia okresu zatrudnienia w sytuacji, gdy w chwili wprowadzenia w nim wymogu wykazania zakończonych okresów zatrudnienia świadectwem pracy poprzedni pracodawca powoda od 11 lat nie istniał, co spowodowało niemożność uzyskania wymaganego przez stronę pozwaną dokumentu, nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że przepis art. 29 § 3 regulaminu wynagradzania nosi znamiona dyskryminacji pośredniej.

Z tą oceną nie zgadzał się powód, który w uzasadnieniu skargi kasacyjnej podkreślił, że kryterium różnicujące sytuację pracowników było pozornie możliwe do spełnienia dla wszystkich ubiegających się o nagrodę (dostarczenie świadectwa pracy). W rzeczywistości jednak wszystkie osoby, których uprzednie zatrudnienie ustało przed wejściem w życie kodeksu pracy, znajdowały się w dużo gorszej sytuacji. W ich przypadku pracodawcy nie mieli obowiązku wydawania świadectw pracy z własnej inicjatywy, co niejednokrotnie prowadziło do tego, że w chwili ustania stosunku pracy dokumenty te nie powstawały. Skarżący wskazał, że chwila nawiązania stosunku pracy, choć niewymieniona w kodeksie pracy jako jedna z niedozwolonych podstaw dyskryminacji pracowników, nie może być zaaprobowana jako kryterium różnicowania ich sytuacji płacowej. Ponieważ do omawianego rozróżnienia warunków zatrudnienia ze względu na moment zatrudnienia doszło poprzez wprowadzenie przez pozwaną spółkę do regulaminu wynagradzania z pozoru obiektywnego kryterium (wykazanie się świadectwem pracy) - stan ten wypełnia definicję dyskryminacji pośredniej. Sąd Najwyższy nie uznał jednak tych argumentów, bowiem odwołał się nie tylko do kryterium skutku regulacji, ale także do kryterium zbiorowości. Wskazał mianowicie, że „w przypadku dyskryminacji pośredniej na przeciwstawnych pozycjach nie są zatem indywidualne osoby (jak w przypadku dyskryminacji bezpośredniej - art. 18^{3a} § 3 kodeksu pracy), lecz grupa osób znajdująca się w uprzywilejowanej pozycji i grupa osób znajdujących



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

się w niekorzystnej sytuacji z uwagi na to, że formalnie zastosowane postanowienie, kryterium lub praktyka nie uwzględniają faktu, iż przedstawiciele obu tych grup znajdują się w różnej sytuacji faktycznej, co w rezultacie prowadzi do odmiennych i niekorzystnych dla jednej z tych grup skutków. Inaczej rzecz ujmując, o ile dyskryminacja bezpośrednia polega na stosowaniu różnych zasad do porównywalnych sytuacji, to dyskryminacja pośrednia wynika z zastosowania tej samej zasady do różnych sytuacji”¹¹². O ile końcowe stwierdzenie, należy uznać za jak najbardziej trafne, o tyle wskazanie, że w przypadku dyskryminacji pośredniej muszą zawsze występować dwie grupy osób – uprzywilejowana i znajdująca się w niekorzystnej sytuacji nie odpowiada obecnie obowiązującym regulacjom unijnym i w pewnych wypadkach może być krzywdzące dla powoda. Należy jednak stwierdzić, że wiąże się ono ze sposobem uregulowania dyskryminacji pośredniej w kodeksie pracy.

W dalszej części wyroku Sąd Najwyższy wskazał zatem, że nawet gdyby uznać datę nawiązania lub ustania stosunku pracy za kryterium dyskryminujące (czego odmówił w swoim rozstrzygnięciu), to dla przyjęcia domniemania istnienia dyskryminacji pośredniej konieczne byłoby przedstawienie przez powoda okoliczności dowodzących skutku spornej regulacji w postaci niekorzystnego zróżnicowania sytuacji wszystkich lub znaczącej liczby pracowników zaliczających się do grupy wyróżnionej ze względu na wskazaną podstawę dyskryminacji (zatrudnionych u strony pozwanej przed dniem 1 stycznia 1975 r.) w stosunku do grupy uprzywilejowanej (pracowników zatrudnionych w pozwanej spółce po 31 grudnia 1974 r.). Skarżący winien zatem wskazać okoliczności dowodzące, że wszyscy lub znaczna liczba pracowników nielegitymujących się świadectwami pracy potwierdzającymi poprzedni okres zatrudnienia dla potrzeb nabycia prawa do nagrody jubileuszowej to właśnie osoby zatrudnione w pozwanej spółce przed dniem 1 stycznia 1975 r., oraz że brak świadectw pracy nie wynika z ich utraty z różnych przyczyn, ale z tego względu, że pracownicy ci nie mieli możliwości ich uzyskania. Tak określone wymogi dowodowe z pewnością byłyby niemożliwe do realizacji we wskazanym stanie faktycznym.

Tymczasem, gdyby Sąd Najwyższy uznał datę nawiązania lub ustania stosunku pracy za kryterium dyskryminujące, a jednocześnie nie wymagał wykazania negatywnego wpływu regulacji zawartych w regulaminie pozwanej spółki na wszystkich lub większość pracowników wyróżnionych na tej podstawie, wówczas powód byłby w stanie wykazać, że

¹¹² Ibidem, s. 7-8.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

taki pozornie neutralny środek miał jednak dla niego dyskryminujący skutek. Niewątpliwie, uznanie daty nawiązania lub ustania stosunku pracy za kryterium dyskryminujące ma dyskusyjny charakter – jest to jednak odrębne zagadnienie, wiążące się z oceną, jakie podstawy zróżnicowania są uwzględniane przez prawo i podlegają jego ochronie. Natomiast wymogi dowodowe odnoszące się do wykazania dyskryminacji pośredniej zostały w tym rozstrzygnięciu określone w sposób zbyt daleko idący, utrudniający dochodzenie roszczeń. Przede wszystkim należałoby odejść od kryterium zbiorowości i ujmowania tej formy dyskryminacji w kategoriach grupowych. Nie ma bowiem wątpliwości, że mogą wystąpić takie sytuacje, w których to jednostka posiadająca wyróżnioną cechę, a nie cała grupa osób zostanie dotknięta dyskryminacją pośrednią. Uwzględnia to ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, która wskazuje na niekorzystny skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania dla osoby fizycznej – a zatem jednostki, a nie grupy osób.

Przykładem pozytywnego podejścia do dyskryminacji pośredniej, uwzględniającego regulacje unijne, jest natomiast uchwała Sądu Najwyższego z 19 listopada 2008 roku (sygn. I PZP 4/08), w której stwierdził on, że „wypowiedzenie umowy o pracę na czas określony pracownicy wyłącznie z powodu nabycia przez nią prawa do emerytury (...) stanowi dyskryminację ze względu na płeć (art. 11³ k. p.).”¹¹³. W uzasadnieniu uchwały przytoczone zostały definicje legalne dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej występujące w polskim kodeksie pracy. Następnie zaś wskazano, że w stanie faktycznym sprawy, w związku z którą zostało sformułowane zagadnienie prawne, „dyskryminacja pośrednia występowałaby wówczas, gdyby pracodawca stosował politykę wypowiedzania umów o pracę wszystkim pracownikom, którzy nabyli prawo do świadczeń emerytalnych, ale w rezultacie takiej polityki personalnej, kobiety zatrudnione u tego pracodawcy byłyby bardziej dotknięte skutkami takiej praktyki niż mężczyźni”¹¹⁴. Zdaniem Sądu Najwyższego kryterium „nabycia uprawnień emerytalnych”, jakim posługiwał się pracodawca jest tylko pozornie neutralne, bowiem mamy do czynienia ze zróżnicowanym wiekiem emerytalnym zatrudnionych na kolei kobiet (55 lat) i mężczyzn (60 lat). W praktyce zatem kobiety znajdują się w szczególnie

¹¹³ Tekst uchwały dostępny m.in. na stronie http://static.e-prawnik.pl/pdf/orzeczenia/3_I_PZP_08_4.pdf (data dostępu: 14.07.2015).

¹¹⁴ Ibidem, s. 18.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

niekorzystnej sytuacji w stosunku do zatrudnionych u pozwanego mężczyźni, bowiem rozwiązuje się z nimi umowy o pracę o pięć lat wcześniej, co negatywnie wpływa na ich dalszą karierę zawodową, wysokość zarobków lub świadczeń emerytalnych. Tym samym występuje dyskryminacja pośrednia ze względu na płeć. Dla potwierdzenia takiego stanowiska w dalszej części uzasadnienia odwołano się do obowiązujących wówczas przepisów prawa wspólnotowego (obecnie unijnego) oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Słusznie podkreślono przy tym, że „sądy krajowe zobowiązane są wyklądać prawo krajowe w sposób zorientowany na dyrektywę, gdy przepisy prawa krajowego wprowadzają, celem implementacji dyrektywy, instytucje lub sformułowania zaczerpnięte z dyrektywy”¹¹⁵. Sąd Najwyższy odniósł się także do przepisów zawartych w konstytucji RP i uznał, że praktyka polegająca na wypowiedzaniu kobietom umów o pracę zawartych na czas nieokreślony tylko z tego powodu, iż nabyły prawa do świadczeń emerytalnych, jest z nimi sprzeczna. Taki pogląd wyraził już wcześniej Trybunał Konstytucyjny, który wskazał m.in., że uprawnienie kobiety do skorzystania z możliwości przejścia na wcześniejszą emeryturę przy obniżonym wieku emerytalnym jest jej szczególnym przywilejem, natomiast nałożenie na nią obowiązku wcześniejszego w porównaniu z mężczyzną rozwiązania stosunku pracy - należy uznać za ograniczenie szans zawodowych kobiet (orzeczenie TK z 24 września 1991 r., OTK 1991 nr 1, poz. 5).

Potwierdzenie stanowiska zajętego w wyższej omówionej uchwale nastąpiło w kolejnej uchwale Sądu Najwyższego wydanej w składzie siedmiu sędziów 21 stycznia 2009 roku (sygn. II PZP 13/08)¹¹⁶ w odpowiedzi na pytanie prawne zadane przez Rzecznika Praw Obywatelskich. W związku z tym, że osiągnięcie wieku emerytalnego i nabycie przez pracownika prawa do emerytury - jako przyczyna uzasadniająca wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę - było różnie traktowane w ukształtowanym na przestrzeni ostatnich lat orzecznictwie Sądu Najwyższego, Rzecznik zadał pytanie, czy może ono stanowić wyłączną przesłankę rozwiązania za wypowiedzeniem stosunku pracy z pracownikiem - kobietą lub mężczyzną i nie oznacza dyskryminacji pracownika ze względu na płeć i wiek? W swojej uchwale Sąd Najwyższy uznał, iż „osiągnięcie wieku emerytalnego i nabycie prawa do emerytury nie może stanowić wyłącznej przyczyny wypowiedzenia

¹¹⁵ Ibidem, s. 20.

¹¹⁶ Tekst uchwały dostępny na stronie: <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/II%20PZP%2013-08.pdf> (data dostępu: 14.07.2015)



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

umowy o pracę przez pracodawcę (art. 45 § 1 k.p.)”. W jej uzasadnieniu wskazał zaś, że kryterium nabycia uprawnień emerytalnych jest tylko pozornie neutralne, gdy się zważy ustawowe różnicowanie powszechnego wieku emerytalnego kobiet (60 lat) i mężczyzn (65 lat), a także różnicowanie obniżonego wieku emerytalnego (55 lat dla kobiet i 60 lat dla mężczyzn). Zastosowanie tego kryterium w praktyce prowadzi do niekorzystnej sytuacji kobiet, skoro rozwiązuje się z nimi umowy o pięć lat wcześniej niż z mężczyznami, co negatywnie wpływa na ich dalszą karierę zawodową, wysokość zarobków lub świadczeń emerytalnych. Mamy zatem do czynienia z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć. Sąd Najwyższy stwierdził także, że wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony wyłącznie z powodu osiągnięcia przez niego wieku emerytalnego stanowi bezpośrednią dyskryminację ze względu na wiek, oraz że wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony wyłącznie z powodu osiągnięcia przez niego wieku emerytalnego i nabycia prawa do emerytury jest nieuzasadnione w rozumieniu art. 45 § 1 k.p.¹¹⁷

Z kolei w wyroku z 12 maja 2011 roku (sygn. II PK 276/2010)¹¹⁸ Sąd Najwyższy rozważał kwestię dyskryminacji pośredniej ze względu na niepełnosprawność. Ponownie stwierdził, że „dla ustalenia istnienia dyskryminacji pośredniej stosowane są dwa kryteria: kryterium zbiorowości oraz kryterium skutku regulacji. To pierwsze rozstrzyga, jakiej grupy wyróżnionej z uwagi na zakazane kryterium dotyczy regulacja mogąca być uznana za dyskryminującą, drugie natomiast pozwala na określenie, jaki wpływ wywiera dany przepis na tę grupę”. W uzasadnieniu wyroku wskazano, że dyskryminację pośrednią należy rozumieć jako ukryte - pod pozornie neutralnie brzmiącymi sformułowaniami prawnymi, zastosowanymi kryteriami bądź stosowaną praktyką, które wydają się nie różnicować uprawnień, obowiązków czy przywilejów ze względu na ustawowo określone kryteria dyskryminacyjne, w tym niepełnosprawność - stworzenie niekorzystnej sytuacji wszystkich lub znacząco większej części przedstawicieli grupy wyróżnionej ze względu na podstawy dyskryminacji. W przypadku dyskryminacji pośredniej na przeciwstawnych pozycjach nie są zatem indywidualne osoby (jak w przypadku dyskryminacji bezpośredniej - art. 18^{3a} § 3 k.p.), lecz grupa osób znajdująca się w uprzywilejowanej pozycji i grupa osób znajdujących się w

¹¹⁷ Ibidem, s. 30.

¹¹⁸ Tekst wyroku dostępny na stronie: <http://www.lex.pl/akt/-/akt/ii-pk-276-2010> (data dostępu: 14.07.2015)



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

niekorzystnej sytuacji. Zdaniem Sądu Najwyższego „dla przyjęcia dyskryminacji pośredniej konieczne byłoby więc w pierwszym rzędzie powołanie się przez skarżącą na okoliczności dowodzące, że wskutek stosowanego przez pracodawcę przy rozwiązywaniu stosunków pracy neutralnego kryterium w postaci niemożności wykonywania przez pracowników obowiązków związanych z zajmowanym stanowiskiem doszło do niekorzystnego zróżnicowania sytuacji wszystkich lub znaczącej liczby pracowników zaliczających się do grupy wyróżnionej ze względu na niepełnosprawność w stosunku do grupy pracowników niecharakteryzującej się tą cechą. Na takie okoliczności skarżąca nie wskazuje i nie wynikają one ze stanu faktycznego sprawy”. W rezultacie Sąd Najwyższy, podobnie jak sądy niższych instancji, nie dopatrywał się naruszenia zakazu dyskryminacji pośredniej.

Takie stanowisko należy ocenić krytycznie, głównie z tego względu, że w ocenianym stanie faktycznym skarżąca była jedyną osobą niepełnosprawną zatrudnioną na poczcie. Nie mogła zatem wykazać niekorzystnego wpływu praktyki zastosowanej wobec niej przez pracodawcę (wypowiedzenie umowy o pracę z tego powodu, że nie mogła wypełniać swoich służbowych obowiązków, a konkretnie dźwigać ciężarów o wadze większej niż pięć kilogramów) na inne osoby z taką samą niepełnosprawnością. Postawienie takich wymogów dowodowych uniemożliwiło więc dochodzenie przez nią roszczeń związanych z dyskryminacją pośrednią. Sąd Najwyższy uchylił jednak zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w pewnym zakresie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, bowiem uznał, że wypowiedzenie powódce umowy o pracę nie było konieczne z uwagi na wąski zakres stwierdzonych u niej przeciwwskazań do wykonywania czynności związanych ze stanowiskiem asystenta w okienku pocztowym oraz możliwość dokonania przez pracodawcę zmian w zakresach czynności pracowników w drodze poleceń służbowych. W tym względzie powołano się na przepis art. 23a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych¹¹⁹, dodany ustawą z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Nakłada on na pracodawcę obowiązek zapewnienia niezbędnych usprawnień dla osoby niepełnosprawnej pozostającej z nim w stosunku pracy, polegających na przeprowadzeniu koniecznych w konkretnej sytuacji zmian lub dostosowań do szczególnych, zgłoszonych pracodawcy potrzeb wynikających z niepełnosprawności danej osoby, o ile przeprowadzenie

¹¹⁹ Dz. U. z 2010 r., nr 214, poz. 1407 ze zm.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

takich zmian lub dostosowań nie skutkowałyby nałożeniem na pracodawcę nieproporcjonalnie wysokich obciążeń. Sąd Najwyższy trafnie zauważył, że przepis ten należy wyklądać w zgodności z pkt 20 preambuły do dyrektywy Rady 2000/78/WE, zgodnie z którym przez przyjęcie właściwych, to znaczy skutecznych i praktycznych środków w celu przystosowania miejsca pracy z uwzględnieniem niepełnosprawności, rozumie się nie tylko przystosowanie pomieszczeń lub wyposażenia, ale również czasu pracy i podziału zadań. Ta część rozstrzygnięcia była zatem pozytywna dla powódki. Co więcej, Sąd Najwyższy odwołał się do regulacji unijnych w celu potwierdzenia własnej interpretacji. Dzięki temu, mimo jego negatywnego stanowiska w kwestii naruszenia zakazu dyskryminacji pośredniej, powódka uzyskała szansę powrotu do pracy.

Przykładem nieco innego nastawienia do dyskryminacyjnych praktyk stosowanych wobec osób niepełnosprawnych jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28 września 2011 roku w sprawie Dominik Rymer v. XY właściciel restauracji SPHINX (sygn: I A Ca 300/11)¹²⁰. Dotyczyła ona niepełnosprawnego poruszającego się na wózku, który wraz z narzeczoną udał się do Restauracji SPHINX w Warszawie, a towarzyszył mu prowadzony na smyczy pies asystujący. Personel restauracji nie pozwolił mu tam pozostać, tłumacząc, że obecność psa może spowodować zagrożenie dla zdrowia i bezpieczeństwa oraz dyskomfort innych klientów. Mimo tego, że powód tłumaczył, iż funkcją towarzyszącego mu psa jest asystowanie osobie niepełnosprawnej i okazał jego legitymację, nie zgodzono się na jego wejście do restauracji, a tym samym jego właściciel został zmuszony do opuszczenia lokalu. Mieliśmy zatem do czynienia z dyskryminacją pośrednią osoby niepełnosprawnej w dostępie do usług. Jednakże z uwagi na to, iż w prawie polskim nie obowiązywały przepisy regulujące kwestię równego traktowania w zakresie dostępu do towarów i usług, Dominik Rymer w dniu 23 czerwca 2010 r. pozwał restaurację SPHINX o naruszenie dóbr osobistych. Zdaniem powoda bezpodstawne odmówienie mu możliwości skorzystania z usług tej restauracji naruszyło jego godność osobistą, a także inne biorące swe źródło w godności wolności i prawa, jak wolność osobistą, prawo do decydowania o swoim życiu osobistym, wolność

¹²⁰ Sprawa omówiona na podstawie Ł. Bojarski *Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Country Report 2013, Poland, s. 170-171, dostępny na stronie: <http://www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination> (data dostępu: 16.07.2015).



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca pobytu¹²¹. W pierwszej instancji Dominik Rymer przegrał sprawę, ale po wniesieniu odwołania Sąd Apelacyjny w Warszawie wydał wyrok, w którym stwierdził, że odmowa wstępu do restauracji osoby niepełnosprawnej wraz z psem asystującym stanowi naruszenie dóbr osobistych oraz zasady równego traktowania w zakresie dostępu do usług. W tej ostatniej kwestii stwierdził, iż mieliśmy do czynienia z dyskryminacją ze względu na niepełnosprawność, bowiem występuje ona nie tylko wówczas, gdy brakuje obiektywnego uzasadnienia różnicy traktowania osób będących w takiej samej sytuacji, ale także wtedy gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka, stosowane są na równi wobec wszystkich, lecz w sposób szczególnie dotykają pewną grupę społeczną. W rezultacie pozwana restauracja została zobowiązana do zapłaty kwoty 10 tys złotych na rzecz fundacji Pomocna Łapa.

6. Wnioski końcowe, w tym *de lege ferenda* dla polskiego ustawodawcy

Analiza przepisów oraz rozstrzygnięć TS UE, ETPC i sądów wybranych państw członkowskich w zestawieniu z regulacjami polskimi oraz praktyką sądów polskich pozwala na sformułowanie kilku wniosków ogólnych oraz bardziej szczegółowych, w tym dotyczących ewentualnych zmian obowiązującego ustawodawstwa. Przede wszystkim polski ustawodawca powinien uwzględnić fakt, że „prawo antydyskryminacyjne UE nie jest „produktem” skończonym, a tym bardziej idealnym. Jest wynikiem specyficznej ewolucji zasady równego traktowania w procesie integracji i rozwoju prawa UE”¹²². Warto przy tym podkreślić, że „ewolucja prawa antydyskryminacyjnego zmierza w kierunku wyjścia poza zapewnienie jedynie formalnej równości (zakaz dyskryminacji bezpośredniej – jawnej) na obszar równości faktycznej/rzeczywistej (ochrona przed dyskryminacją pośrednią – ukrytą, możliwość prowadzenia działań pozytywnych/akcji afirmatywnych) i ochrony przed naruszeniem godności (molestowanie)”¹²³. Należy zatem podkreślić, że zmiany dokonane w polskim prawie pod wpływem regulacji unijnych z pewnością nie są ostatnimi. W sposób

¹²¹ Por. informacje na stronie: <http://www.hfhrpol.waw.pl/dyskryminacja/litygacja/dyskryminacja-ze-względu-na-niepełnosprawność/> (data dostępu: 16.07.2015)

¹²² Tak słusznie W. Burek, *Najważniejsze przyczyny problemów ze stosowaniem przepisów antydyskryminacyjnych w Polsce* [w:] *Różni, ale równi. Prawo a równe traktowanie cudzoziemców w Polsce*, W. Klaus (red.), Warszawa 2013, s. 47.

¹²³ *Ibidem*, s. 53.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

szczególny dotyczy to dyskryminacji pośredniej, która jest stosunkowo nową instytucją prawną, wprowadzoną w zdecydowanej większości państw członkowskich w związku z implementacją dyrektyw antydyskryminacyjnych (2000/43, 2000/78, 2004/113 oraz 2006/54).

Nie ma wątpliwości, że omawiana koncepcja niesie ze sobą wiele nowych możliwości, które nie pojawiają się w przypadku dyskryminacji bezpośredniej. Pozwala bowiem na poddanie ocenie wielu środków, które mają niekorzystny wpływ na grupę osób chronionych, a tym samym może przyczyniać się do zwalczania strukturalnych form dyskryminacji, mających utrwalony charakter, np. odnoszących się do zatrudnienia w niepełnym wymiarze czasu pracy¹²⁴. Dyskryminacja pośrednia odgrywa ważną rolę w dążeniu do zapewnienia równości materialnej (faktycznej), a nie tylko formalnej. Koncentruje się bowiem nie na przyczynie, ale na skutku zastosowanego środka, a to pozwala na jego ocenę w szerszym kontekście społecznym i gospodarczym. Jest to zatem koncepcja o dużym potencjale, który warto odpowiednio wykorzystać, aby wyeliminować różne przejawy dyskryminacji występujące nie tylko w sferze zatrudnienia i pracy, ale również w życiu codziennym¹²⁵. Dużo jednak zależy od tego, w jaki sposób dyskryminacja pośrednia zostanie uregulowana w aktach prawnych oraz od praktyki stosowania dotyczących jej przepisów. Potencjał omawianej koncepcji może bowiem zostać osłabiony przez takie czynniki, jak: wysokie standardy odnoszące się do wykazania niekorzystnego wpływu na osobę należącą do grupy chronionej, zbyt szerokie możliwości uzasadnienia przyjmowanych środków oraz reguły dowodowe nadmiernie obciążające powodów. Należałoby je zatem traktować jako ograniczenia dyskryminacji pośredniej.

W prawie i praktyce polskiej jest to szczególnie widoczne w kontekście oceny negatywnego wpływu środka na osobę należącą do grupy chronionej, w ramach której stosuje się tzw. kryterium zbiorowości, co utrudnia bądź wręcz uniemożliwia dochodzenie roszczeń związanych z dyskryminacją pośrednią. Warto zauważyć, że rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego odwołujące się do tego kryterium opierają się na regulacjach zawartych w kodeksie pracy, które, niestety, nie do końca odpowiadają standardom unijnym. Przypomnijmy bowiem, że zgodnie z obecnie obowiązującymi regulacjami zawartymi w dyrektywach 2000/43, 2000/78, 2004/113 oraz 2006/54 negatywny wpływ środka na osoby

¹²⁴ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii ...*, s. 392..

¹²⁵ *Ibidem*, s. 399.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

należące do grupy chronionej wiąże się z tym, że pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka może doprowadzić do ich szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych osób. Nie tylko zatem nie wymaga się, aby szczególnie niekorzystne położenie wystąpiło w praktyce - wystarczy, by istniała taka możliwość, ale również nie jest już tak istotny problem proporcji, w jakiej środek ma dotyczyć osoby chronione. Tym samym nie jest konieczne wykazywanie różnicy w traktowaniu popartej wyliczeniami o charakterze statystycznym, choć oczywiście nie jest to wykluczone, jeśli ułatwi dochodzenie roszczeń. W każdym razie nie ma wątpliwości, że w świetle regulacji unijnych możemy mieć do czynienia z dyskryminacją pośrednią nawet wówczas, gdy została dotknięta nią jedna osoba należąca do grupy chronionej. Tymczasem w kodeksie pracy przewidziano, że niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych występują lub mogłyby wystąpić wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej (art. 18^{3a} § 4 k. p.). Na tej podstawie formułowane jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazane wyżej kryterium zbiorowości.

Należałoby zatem postulować o dokonanie zmiany wskazanego postanowienia kodeksu pracy, tak aby zapewnić jego zgodność z regulacjami dyrektyw unijnych oraz ustawy z 3 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, która zawiera nieco inną definicję dyskryminacji pośredniej. Sytuacja, w której w praktyce stosowane są dwie różne definicje, jedna odnosząca się ściśle do sfery zatrudnienia, a druga do pozostałych obszarów, m.in. kształcenia zawodowego, warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, działalności w związkach zawodowych, dostępu i warunków korzystania z instrumentów rynku pracy i usług rynku pracy, nie sprzyja pewności prawa oraz przejrzystości postanowień dotyczących równego traktowania. Dobrze byłoby zatem, aby nastąpiła zmiana regulacji zawartej w art. 18^{3a} §4 kodeksu pracy. Mogłaby ona przyjąć następujące brzmienie:

„dyskryminacja pośrednia istnieje wtedy, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje lub szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych **dla osoby fizycznej należącej do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn określonych w § 1, w porównaniu do innych osób** (podkreślenie J. M.-N.), chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne”. Taka definicja byłaby zbieżna z regulacją zawartą w art. 3 (2) ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej, a jednocześnie wskazywałaby na to, czego obecnie brakuje w tej ostatniej, mianowicie na aspekt porównania z innymi osobami nie posiadającymi tzw. cechy chronionej.

Do czasu wprowadzenia odpowiednich zmian do kodeksu pracy sądy polskie, w tym Sąd Najwyższy, powinny dokonywać interpretacji zawartych w nim przepisów dotyczących dyskryminacji pośredniej w sposób zgodny z dyrektywami unijnymi, bowiem zostały one przyjęte w celu ich implementacji. Przypomnijmy zaś, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE transpozycja dyrektywy do prawa krajowego niekoniecznie musi wiązać się z przyjęciem w przepisach krajowych dokładnie takich samych sformułowań, jakie zawiera dyrektywa, a ogólny kontekst prawny może być wystarczający, jeśli zapewnia pełne jej stosowanie w dostatecznie jasny i precyzyjny sposób¹²⁶. Jeśli jednak dyrektywa zmierza do przyznania praw obywatelom, a tak jest w przypadku wszystkich aktów prawnych dotyczących równego traktowania, wówczas państwa członkowskie muszą zapewnić, że osoby, których one dotyczą, mogą zapoznać się ze swoimi prawami i zobowiązaniami oraz powoływać się na nie przed sądami krajowymi¹²⁷. Sądy polskie powinny zatem w taki sposób stosować regulacje dotyczące dyskryminacji pośredniej, aby nie utrudniać jej potencjalnym ofiarom dochodzenia roszczeń. Stosowanie kryterium zbiorowości ma właśnie taki niekorzystny skutek, dlatego też należałoby od niego odstąpić i skoncentrować się jedynie na kryterium skutku regulacji. Dla wykazania, że dany środek prowadzi lub może prowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji osób należącej do grupy chronionej, nie jest przy tym niezbędne odwoływanie się do danych statystycznych,

¹²⁶ Por. m.in. wyrok z 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-58/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii, Zb. Orz. 2004, s. I-621, pkt 26.

¹²⁷ Zob. np. wyrok z 23 maja 1985 r. w sprawie 29/84 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko RFN, Zb. Orz. 1985, s. 1661, pkt 22-23, czy też wyrok z 20 listopada 2003 r. w sprawie C-296/01 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej, Zb. Orz. 2003, s. I13909, pkt 55.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

zwłaszcza jeśli nie są one dostępne. Jak już bowiem wskazywano, obecną tendencją występującą zarówno w prawie UE, jak i orzecznictwie zwłaszcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ale również sądów innych państw członkowskich, jest opieranie się nie tylko na statystykach, ale również na opiniach ekspertów czy po prostu ogólnie dostępnej wiedzy.

W odniesieniu do możliwości uzasadnienia przyjmowanych środków, które jest jednym z elementów dyskryminacji pośredniej, trzeba zauważyć, że polskie regulacje uwzględniają wymogi unijne zarówno, jeśli chodzi o odwołanie do celu zgodnego z prawem, jak i do właściwych oraz koniecznych środków. Istotne znaczenie ma jednak to, jak są one stosowane w praktyce. Dobrze byłoby, aby sądy polskie przeprowadzały dość wnikliwą ocenę tzw. obiektywnego uzasadnienia, w tym dokonywały rzeczywistego wyważenia sprzecznych interesów i badały, czy nie doszło do nadmiernego ograniczenia prawa jednostki do równego traktowania w stosunku do zamierzonego celu. Rygorystyczne podejście do zgodności środków z proporcjonalnością, tj. czy są one rzeczywiście właściwe i konieczne do osiągnięcia wskazywanego celu, może bowiem przyczynić się do zwiększenia skuteczności zakazu dyskryminacji pośredniej.

Istotne znaczenie ma również rozkład ciężaru dowodu w sprawach związanych z dyskryminacją pośrednią. W tym względzie zarówno Trybunał Sprawiedliwości UE, jak i Europejski Trybunał Praw Człowieka tradycyjnie stały na stanowisku, że o ile wykazanie niekorzystnego wpływu środka na grupę chronioną należy do powoda, a zatem osoby, która uważa się za ofiarę dyskryminacji, o tyle uzasadnienie dyskryminacji pośredniej, w tym zgodności z wymogami proporcjonalności, spoczywa na pozwanym, tj. państwach członkowskich lub innych podmiotach – pracodawcach, usługodawcach, organizacjach publicznych i prywatnych itd. To funkcjonalne podejście zostało następnie przyjęte w dyrektywie Rady 97/80 dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć oraz kolejnych aktach prawnych dotyczących równego traktowania¹²⁸. Ta reguła dotycząca ciężaru dowodu obowiązuje również w polskim prawie¹²⁹.

¹²⁸ Por. art. 8 dyrektywy 2000/43, art. 10 dyrektywy 2000/78, art. 9 dyrektywy 2004/113 oraz art. 19 dyrektywy 2006/54.

¹²⁹ Np. art. 14 ust 2 i 3 ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej przewidują, że:

„2. Kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia.

3. W przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia”.



POLSKIE TOWARZYSTWO PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

Należy zatem zauważyć, że nie tylko polski ustawodawca, ale również organy stosujące prawo, przede wszystkim sądy, mogą odegrać ważną rolę w kontekście wykorzystywania potencjału dyskryminacji pośredniej. Jeśli bowiem ułatwią powodom wykazywanie niekorzystnego wpływu, a pozwany postawią wyraźne granice w zakresie możliwości obiektywnego uzasadnienia, wsparte wnikliwą kontrolą zgodności zastosowanych środków z zasadą proporcjonalności, to mogą przyczynić się do skutecznego zwalczania przynajmniej tych najbardziej widocznych przejawów dyskryminacji pośredniej.