

Analiza poprawności implementowania do polskiego porządku prawnego dyrektyw Unii Europejskiej w obszarze równego traktowania

Ekspertyza przygotowana na zlecenie Biura Rzecznika Praw Obywatelskich

Dr Maciej Kulak

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszej ekspertyzy jest ocena poprawności implementowania do polskiego porządku prawnego dyrektyw Unii Europejskiej w obszarze równego traktowania. Przedstawiono w niej w związku z tym kluczowe zagadnienia unijnego prawodawstwa w tym obszarze, a następnie odniesiono je do polskich przepisów transponujących wskazane poniżej dyrektywy. Analiza krajowych aktów prawnych dokonana została ze szczególnym uwzględnieniem praktyki ich stosowania przez sądy krajowe, stanowiącej istotne kryterium oceny poprawności implementowania norm unijnych. Jednocześnie pominięto część zagadnień, w przypadku których nie stwierdzono uchybień implementacyjnych. Punktem wyjścia do dokonania oceny stanowiącej przedmiot ekspertyzy będzie zatem analiza następujących aktów prawa wtórnego:

- 1) Dyrektywy Rady z dnia 19 grudnia 1978 r. w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego (79/7/EWG) (Dz. Urz. L 006 z 10.01.1979, str. 24; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 1, str. 215) – dalej jako dyrektywa 79/7;
- 2) Dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE L 180 z 19.07.2000, str. 22; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 20, t. 1, str. 23) – dalej jako dyrektywa 2000/43;
- 3) Dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 02.12.2000, str. 16; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, str. 79) – dalej jako dyrektywa 2000/78;
- 4) Dyrektywy Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE L 373 z 21.12.2004, str. 37) – dalej jako dyrektywa 2004/113;
- 5) Dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 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. UE L 204 z 26.07.2006, str. 23) – dalej jako dyrektywa 2006/54;

- 6) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/41/UE z dnia 7 lipca 2010 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn prowadzących działalność na własny rachunek oraz uchylającej dyrektywę rady 86/613/EWG (Dz. Urz. UE L 180 z 15.7.2010, s. 1) – dalej jako dyrektywa 2010/41;
- 7) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/54/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie środków ułatwiających korzystanie z praw przyznanych pracownikom w kontekście swobodnego przepływu pracowników (Dz. Urz. UE L 128 z 30.04.2014, str. 8) – dalej jako dyrektywa 2014/54.

W analizie przyjęto problemowe ujęcie omawianych zagadnień z uwagi na daleko idącą tożsamość pojęciową wyżej wymienionych aktów prawnych, odrębnie przedstawiając jedynie zagadnienia związane z transpozycją dyrektywy 2014/54 ze względu na jej szczególny charakter wynikający ze ścisłego związku ze swobodnym przepływem pracowników. W pierwszej kolejności przanalizowano zatem zakresy podmiotowe dyrektyw wskazanych powyżej w punktach 1-6 celem ustalenia unijnego znaczenia przesłanek dyskryminacyjnych i odniesienia ich do definicji funkcjonujących w polskim porządku prawnym. Następnie dokonano analizy zakresów przedmiotowych wskazywanych aktów prawa wtórnego, przeciwstawiając je zakresowi przedmiotowemu polskich przepisów statuujących zakaz dyskryminacji, ze szczególnym uwzględnieniem wyłączeń z tegoż zakresu. W dalszej kolejności omówiono formy nierównego traktowania, a także dwie szczególne instytucje prawa antydyskryminacyjnego jakimi są działania pozytywne oraz racjonalne usprawnienia dla osób z niepełnosprawnościami. Następnie przeanalizowano kwestie związane ze środkami ochrony prawnej oraz zagadnieniami proceduralnymi i instytucjonalnymi, poświęcając szczególną uwagę stosowaniu przepisów z tego zakresu w praktyce polskich sądów. Odrębnie przedstawiono w końcu problematykę prawa do równego traktowania w związku z korzystaniem z praw pracowników w kontekście swobodnego przepływu pracowników. W ostatniej części ekspertyzy przedstawiono wnioski w zakresie zidentyfikowanych w toku analizy uchybień w transponowaniu do polskiego porządku prawnego analizowanych dyrektyw.

2. Zakres podmiotowy dyrektyw Unii Europejskiej w obszarze równego traktowania

Zakres podmiotowy analizowanych aktów prawa wtórnego obejmuje przede wszystkim ochronę osób fizycznych przed nierównym traktowaniem ze względu na przesłanki płci, rasy,

pochodzenia etnicznego, religii, przekonań, niepełnosprawności, wieku oraz orientacji seksualnej. O ile zdefiniowanie większości z tych przesłanek nie stwarza problemów, o tyle należy poczynić uwagi w odniesieniu do dwóch z wymienionych kryteriów, tj. płci i niepełnosprawności.

Szczególony charakter pierwszego z nich wynika z dwóch okoliczności. Po pierwsze, obejmuje ono w prawie UE również przesłankę tożsamości płciowej, na co wyraźnie wskazuje zarówno orzecznictwo TSUE¹ jak i odwołująca się do niego dyrektywa 2006/54, stwierdzająca w motywie 3, że z uwagi na cel i naturę praw chronionych zasadą równego traktowania kobiet i mężczyzn ma ona zastosowanie również do „dyskryminacji wynikającej ze zmiany płci danej osoby”. W ustawie z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (t.j. Dz. U. 2020 poz. 284, dalej jako ustawa wdrożeniowa) nie ujęto tego aspektu przesłanki płci, w związku z czym konieczne jest zapewnienie, iż w praktyce sądowej będzie ona interpretowana zgodnie zakresem wynikającym z prawa unijnego. Do tego szczególnego charakteru omawianej przesłanki na gruncie przepisów ustawy wdrożeniowej odniósł się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 września 2020 r., w którym stwierdził, że jakkolwiek „w polskim porządku prawnym kwestia transseksualizmu nie doczekała się jeszcze uporządkowania i samodzielnej regulacji, to jednak częścią polskiego porządku prawnego jest zakaz dyskryminacji osób transseksualnych, bowiem zasada ta stanowi element prawa wspólnotowego”². Z kolei w przypadku przepisów Kodeksu pracy (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1320, dalej jako KP) nie ulega wątpliwości, że przesłanka transpłciowości objęta jest ochroną przed nierównym traktowaniem w związku z brzmieniem art. 18^{3a} §1 zawierającego otwarty katalog zakazanych kryteriów dyferencjacji. Po drugie, zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt c dyrektywy 2006/54 dyskryminacja ze względu na płeć obejmuje „wszelkie mniej korzystne traktowanie kobiety związane z ciążą lub urlopem macierzyńskim w rozumieniu dyrektywy 92/85/EWG”. Jak zwrócono uwagę w motywie 23, „nieprzychylnie traktowanie kobiety w związku z ciążą lub macierzyństwem stanowi bezpośrednią dyskryminacją ze względu na płeć”, co stanowi konsekwencję poglądu wyrażonego przez TSUE w orzeczeniu *Dekker*³. Przyjęcie takiego rozumienia nierównego traktowania ze względu na macierzyństwo pozwala

¹ Wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-13/94, *P p. S i Cornwall County Council*, Zb. Orz. 1996 I-02143, pkt 20-22.

² wyrok SO w Warszawie z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt V Ca 2686/19, niepubl.

³ Wyrok TSUE z dnia 8 listopada 1990 r. w sprawie C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker p. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Zb. Orz. 1990 I-03941, pkt 12-14.

wyciągnąć wniosek, że w takim przypadku należy odstąpić od dokonywania porównania z tzw. komparatorem, mimo że stanowi ono element konstrukcyjny dyskryminacji bezpośredniej. Specyfikę tę poniekąd zauważa ustawa wdrożeniowa w art. 12 ust. 1, stwierdzając, iż w przypadku nierównego traktowania w związku z ciążą lub uprawnieniami rodzicielskimi przysługują roszczenia wynikające z ustawy. Niemniej to na praktyce stosowania prawa spoczywa ciężar właściwej interpretacji przesłanki płci w zakresie nierównego traktowania ze względu na macierzyństwo⁴.

W przypadku przesłanki niepełnosprawności konieczne jest zwrócenie uwagi na istnienie jej autonomicznego unijnego rozumienia⁵. W ujęciu dyrektywy 2000/78 niepełnosprawność oznacza bowiem ograniczenie wynikające „w szczególności z długotrwałego osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami może utrudniać danej osobie pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu zawodowym na równych zasadach z innymi pracownikami”⁶. TSUE nie tylko zatem nie postrzega niepełnosprawności w kategoriach medycznych, ale nie uzależnia jej stwierdzenia od odpowiedniej kwalifikacji w ramach krajowych systemów orzekania o niepełnosprawności⁷. Przy transpozycji przepisów dyrektywy 2000/78 istotne jest zatem zapewnienie wykładni tego pojęcia zgodnie z jego unijnym jednolitym rozumieniem nadanym przez TSUE, który w swoim orzecznictwie odwołuje się do Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych. Analiza orzecznictwa polskich sądów powszechnych sugeruje, że większość przypadków dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność dotyczy sytuacji, w której osoba występująca z zarzutem nierównego traktowania ma niepełnosprawność potwierdzoną właściwym orzeczeniem. W orzecznictwie polskiego Sądu Najwyższego (dalej jako SN) zidentyfikowano pojedynczy przypadek odwołania do unijnej definicji niepełnosprawności. W wyroku z dnia 29 listopada 2017 r.⁸ SN przytoczył orzeczenie TSUE w sprawie *FOA*, gdzie badano, czy otyłość może stanowić niepełnosprawność w rozumieniu prawa UE. TSUE wskazał w nim, że „otyłość jako taka nie stanowi niepełnosprawności w rozumieniu dyrektywy 2000/78”, ale jeśli „w konkretnych okolicznościach otyłość

⁴ Zob. np. wyrok SO w Legnicy z dnia 28 listopada 2019 r., sygn. akt V Pa 77/19, LEX nr 2785700.

⁵ Wyrok TSUE z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-13/05, *Sonia Chacon Navas p. Eurest Colectividades SA*, ECLI:EU:C:2006:456, pkt. 42.

⁶ Wyrok TSUE z dnia 9 marca 2017 r. w sprawie C-406/15, *Petya Milkova p. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, ECLI:EU:C:2017:198, pkt 36.

⁷ Wyrok TSUE z dnia 18 stycznia 2018 r. w sprawie C-270/16, *Carlos Enrique Ruiz Conejero p. Ferroser Servicios Auxiliares Sa i in.*, ECLI:EU:C:2018:17, pkt 32.

⁸ Wyrok SN z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. I PK 367/16, LEX nr 2433082.

danego pracownika prowadzi do ograniczeń wynikających w szczególności z osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami mogą utrudniać mu pełny i skuteczny udział w życiu zawodowym na równi z innymi pracownikami, przy czym ograniczenia te mają charakter długotrwały, to taki stan mieści się w zakresie pojęcia niepełnosprawności w rozumieniu dyrektywy 2000/78⁹. SN dokonał jednak błędnego odwołania, gdyż kryteria zaprezentowane przez TSUE odniósł do przesłanki wyglądu, a nie niepełnosprawności, która wszakże nie musi mieć odzwierciedlenia w wyglądzie danej osoby. Jak zauważa SN, „nieodzwolonym kryterium różnicowania pracowników jest np. wygląd, jeżeli w określonych okolicznościach może być uznany za przyczynę różnicowania pracowników stanowiącego przejaw dyskryminacji w postaci molestowania bądź prowadzący do ograniczeń wynikających z funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami mogą utrudniać mu pełny i skuteczny udział w życiu zawodowym na równi z innymi pracownikami, przy czym ograniczenia te mają charakter długotrwały”. O ile zatem pozytywnie należy ocenić dostrzeżenie przez SN istnienie unijnej definicji niepełnosprawności, o tyle zastrzeżenia budzi jej zrozumienie, które w przytaczanym orzeczeniu z uwagi na odwołanie do kwestii wyglądu z pewnością jest węższe niż unijne rozumienie tego pojęcia. Orzeczenie to sygnalizuje zatem, że kwestia wykładni analizowanego pojęcia przez polskie sądy w kontekście przepisów równego traktowania może stanowić pewien problem. Wymagana jest zatem dalsza obserwacja orzecznictwa polskich sądów w celu stwierdzenia, czy stosowanie przez nie przepisów krajowych przyjętych celem transpozycji dyrektywy 2000/78 nie prowadzi do nieuzasadnionego zawężenia zakresu ochrony przed nierównym traktowaniem w związku z przyjęciem w praktyce krajowej wąskiego w stosunku do unijnego rozumienia niepełnosprawności.

Z uwagi na naturę zjawiska dyskryminacji analizowane akty prawa wtórnego obejmują swoim zakresem podmiotowym rzecz jasna osoby fizyczne. Dyrektywa 2000/43 stwierdza jednak w motywie 16, iż państwa członkowskie „powinny również zapewnić, w zależności od potrzeb i zgodnie z tradycją i krajową praktyką, ochronę osób prawnych, jeżeli są one ofiarami dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne swoich członków”. Szczególny charakter motywu jako jednostki nietworzącej normy prawnej skłania do uznania, że państwom członkowskim pozostawiono daleko idącą swobodę w rozstrzygnięciu kwestii ochrony osób prawnych przed nierównym traktowaniem. Polski ustawodawca zdecydował się w art. 2 ust. 1

⁹ Wyrok TSUE z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) p. Kommunernes Landsforening (KL)*, ECLI:EU:C:2014:2463, pkt 58-60.

ustawy wdrożeniowej objąć jej zakresem zastosowania nie tylko osoby fizyczne, ale również osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. W art. 10 ustawa wdrożeniowa dookreśliła, że w zakresie art. 6 (zabezpieczenie społeczne oraz dostęp do dóbr i usług), art. 7 (opieka zdrowotna i edukacja), art. 8 ust. 1 (zatrudnienie) oraz art. 9 (zachęcanie do lub nakazywanie nierównego traktowania) „zakazuje się nierównego traktowania odpowiednio osób prawnych i jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli naruszenie zasady równego traktowania następuje ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość ich członków”. Ustawodawca polski objął zatem ochroną osoby prawne w zakresie przedmiotowym wynikającym z postanowień dyrektyw 2000/43, nawet jeśli w istocie nie w każdym z elementów tego zakresu osoba prawna będzie mogła doświadczyć dyskryminacji, (np. w opiece zdrowotnej i edukacji z uwagi na zakres tych obszarów życia społecznego - może natomiast doświadczyć nierównego traktowania w dostępie do usług zdrowotnych czy usług edukacyjnych). Powiązał również ochronę osób prawnych z nierównym traktowaniem ich członków, powtarzając sformułowanie użyte w przywoływanym wyżej motywie 16, nawet jeśli w praktyce stosowania analizowanych przepisów mogą powstać wątpliwości interpretacyjne w zakresie określenia, kim są członkowie osoby prawnej¹⁰. Wydaje się to prostsze przy podmiotach, w których substrat osobowy odgrywa pierwszorzędną rolę (np. stowarzyszenia), ale nastęrcza trudności przy podmiotach takich jak spółki prawa handlowego, gdzie większy nacisk kładziony jest na substrat majątkowy i osiągnięcie określonych celów gospodarczych. Można by zatem zastanawiać się, czy przez członków osoby prawnej rozumieć należy wyłącznie osoby mające zasadniczy wpływ na działalność określonego podmiotu (np. członkowie stowarzyszenia wybierający członków zarządu), czy również osoby wchodzące w skład organów osoby prawnej i podejmujące w związku z tym pewne czynności w jej imieniu. Rozstrzygnięcie tej kwestii miałoby kluczowe znaczenie dla określenia zakresu ochrony osób prawnych przed nierównym traktowaniem. Pomimo sygnalizowanej wątpliwości nie można jednak w zakresie omawianego zagadnienia, chociażby ze względu na charakter motywu 16, zidentyfikować uchybień w zakresie implementacji dyrektywy 2000/43.

3. Zakres przedmiotowy dyrektyw Unii Europejskiej w obszarze równego traktowania

¹⁰ Zob. M. Kułak, komentarz do art. 10, [w:] Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz, red. K. Śmiszek, K. Kędziora, Warszawa 2017, s. 183.

3.1 Zatrudnienie, prowadzenie działalności na własny rachunek oraz uprawianie zawodu

Dyrektywy 2000/43 (art. 3 ust. 1 pkt a-d), 2000/78 (art. 3 ust. 1 pkt a-d) oraz 2006/54 (art. 14 ust. 1 pkt a-d) obejmują swoim zakresem przedmiotowym sferę zatrudnienia, wprowadzając zasadę równego traktowania w odniesieniu do dostępu do zatrudnienia, w tym kryteriów selekcji i warunków rekrutacji oraz awansu zawodowego, dostępu do doradztwa zawodowego, szkolenia zawodowego, doskonalenia i przekwalifikowywania pracowników, w tym zdobywania praktycznego doświadczenia zawodowego, a także warunków pracy, w tym warunków wynagradzania oraz zwolnień. Postanowienia te implementowano do polskiego porządku prawnego poprzez art. 18^{3a} §1 KP, zgodnie z którym „pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych”. Jako przykład naruszenia zakazu dyskryminacji art. 18^{3a} §1 KP wymienia odmowę nawiązania lub rozwiązanie stosunku pracy, niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą, a także pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe ze względu na zakazane kryteria dyferencjacji. Pojęcie „dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych” należy niewątpliwie rozumieć jako tożsame z używanym we wskazywanych wyżej dyrektywach pojęciem „dostępu do doskonalenia”.

Należy zwrócić uwagę, że przytaczane przepisy KP pomijają kwestię równego traktowania w dostępie do doradztwa zawodowego, szkolenia zawodowego oraz przekwalifikowywania pracowników, w tym zdobywania praktycznego doświadczenia zawodowego. Obszary te zostały jednak ujęte w ustawie wdrożeniowej, której art. 4 pkt 1 stanowi, że znajduje ona zastosowanie do podejmowania kształcenia zawodowego, w tym doksztalcania, doskonalenia, przekwalifikowania zawodowego oraz praktyk zawodowych, przy czym te ostatnie należy rozumieć jako tożsame z pojęciem „praktycznego doświadczenia zawodowego”. Warto zwrócić uwagę, że w pewnym zakresie może dojść do zatarcia granic ochrony pomiędzy tą sferą a sferą edukacji, której niektóre elementy, takie jak chociażby właśnie praktyki zawodowe objęte programem studiów wyższych, powinny być doczytywane w kontekście art. 4 pkt 1 ustawy wdrożeniowej, a nie art. 4 pkt 4 lit. d ustawy. Istotne w tym względzie jest również objęcie przez polskiego ustawodawcę zakresem zastosowania ustawy wdrożeniowej (art. 4 pkt 4 lit. a) instrumentów rynku pracy i usług rynku pracy określonych w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1409), określającej m.in. zasady organizowania szkoleń i staży zawodowych. Co więcej, ustawa ta w art. 2a stanowi, że jej

przepisy „chronią przestrzeganie zasady równego traktowania w dostępie i korzystaniu z usług rynku pracy oraz instrumentów rynku pracy bez względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”.

Zakres przedmiotowy dyrektyw Unii Europejskiej w obszarze równego traktowania nie wyczerpuje się jednak w odniesieniu do omawianego obszaru życia społecznego wyłącznie w zatrudnieniu pracowniczym, ale obejmuje również świadczenie pracy lub wykonywanie zawodu w oparciu o inne podstawy. Dyrektywy 2000/43 (art. 3 ust. 1 pkt a), 2000/78 (art. 3 ust. 1 a) oraz 2006/54 (art. 14 ust. 1 pkt a) obejmują bowiem również dostęp do prowadzenia działalności na własny rachunek oraz uprawiania zawodu (pomimo błędnego polskiego tłumaczenia tekstu dyrektywy 2000/78, gdzie mówi się wyłącznie o „pracy na własny rachunek”). Również dyrektywa 2010/41 (art. 2) znajduje zastosowanie do osób prowadzących działalność na własny rachunek, czyli wszystkich osób prowadzących samodzielną działalność zarobkową na warunkach określonych przez prawo krajowe. Zgodnie z jej art. 4 ust. 1 „zasada równego traktowania oznacza brak jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na płeć, bezpośredniej lub pośredniej, w sektorze publicznym lub prywatnym, np. w związku z zakładaniem, wyposażaniem lub rozszerzaniem działalności firmy lub w związku z rozpoczynaniem lub rozszerzaniem jakiegokolwiek innej formy działalności na własny rachunek”. Prowadzenie działalności na własny rachunek oraz wykonywanie zawodu zostały objęte zakresem ustawy wdrożeniowej, którą zgodnie z jej art. 4 pkt 2 stosuje się do „warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunków pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej”. Po pierwsze, należy uznać, że sformułowanie „działalność gospodarcza” z pewnością wchodzi w zakres używanego przez wskazywane dyrektywy pojęcia „działalności na własny rachunek”. Po drugie, w konstrukcji omawianego przepisu ustawy wdrożeniowej zwraca uwagę sformułowanie „w szczególności” świadczące o zastosowaniu otwartego katalogu podstaw wykonywania działalności na własny rachunek lub działalności zawodowej i powodujące w efekcie, że ochrona przed nierównym traktowaniem będzie niezależna od takiej formy.

Istotnym elementem ochrony przed nierównym traktowaniem w zakresie zatrudnienia, prowadzenia działalności na własny rachunek oraz wykonywania zawodu jest ponadto objęcie zakresem przedmiotowym dyrektyw 2000/43 (art. 3 ust. 1 pkt d), 2000/78 (art. 3 ust. 1 pkt d) oraz 2006/54 (art. 14 ust. 1 pkt d) członkostwa i działania w organizacjach pracowników lub pracodawców bądź jakichkolwiek organizacjach zrzeszających osoby wykonujące określony zawód,

łącznie z korzyściami, jakie dają tego typu organizacje. Obszar ten również został objęty zakresem przedmiotowym ustawy wdrożeniowej, której art. 4 pkt 3 stanowi, że ma ona zastosowanie do „przystępowania i działania w związkach zawodowych, organizacjach pracodawców oraz samorządach zawodowych, a także korzystania z uprawnień przysługujących członkom tych organizacji”. Na uwagę zasługują w tym zakresie dwa elementy. Po pierwsze, podczas gdy dyrektywy posługują się określeniem „organizacje pracowników”, w ustawie wdrożeniowej mowa jest o związkach zawodowych. Rozbieżność ta zdaje się jednak wynikać z dostosowania terminologii unijnej do uwarunkowań krajowych, w których zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (t.j. Dz. U. 2019 poz. 263) za organizacje pracowników uznaje się właśnie związki zawodowe. Po drugie, podczas gdy dyrektywy mówią o „jakichkolwiek organizacjach zrzeszających osoby wykonujące określony zawód”, ustawa wdrożeniowa posługuje się pojęciem „samorządów zawodowych”. Pojęć tych nie można uznać za tożsame. Przytaczane akty prawa wtórnego nie mogą oczywiście przesądzać o konkretnych formach takich organizacji z uwagi na możliwe występowanie różnic w systemach prawnych państw członkowskich. Objęcie zakresem przedmiotowym działalności w „jakichkolwiek organizacjach zrzeszających osoby wykonujące określony zawód” należy zatem rozumieć jako obowiązek objęcia zakresem krajowych przepisów o równym traktowaniu wszelkich (jakichkolwiek) organizacji, w których mogą zrzeszać się osoby wykonujące określony zawód. Samorząd zawodowy w polskim porządku prawnym jest zgodnie z art. 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej instytucją szczególną, gdyż może być tworzony wyłącznie w drodze ustawy i przynależy jedynie zawodom zaufania publicznego. Tymczasem forma samorządu zawodowego nie jest jedyną dopuszczalną w prawie polskim możliwością organizowania się osób wykonujących określony zawód. Wykładnia przepisów ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (Dz.U. 2019 poz. 713, Dz.U. 2020 poz. 695, 1086) prowadzi do uznania, że osoby wykonujące określone zawody mogą zrzeszać się również w innych formach organizacyjnych niż samorząd zawodowy. Przepisy ustawy wdrożeniowej nie obejmują jednak swoim zakresem tych innych form. W związku z tym należy uznać, że ustawodawca polski dokonał w tym zakresie zbyt wąskiej transpozycji do porządku krajowego dyrektyw 2000/43, 2000/78 oraz 2006/54.

Należy wskazać ponadto, że w odniesieniu do omawianego zakresu przedmiotowego dyrektywa 2006/54 zwraca w art. 4 szczególną uwagę na zasadę równego wynagradzania za jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości. Jest to zresztą odwołanie do art. 157 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako TFUE), zgodnie z którym „każde

Państwo Członkowskie zapewnia stosowanie zasady równości wynagrodzeń dla pracowników płci męskiej i żeńskiej za taką samą pracę lub pracę takiej samej wartości”. Zasadę tę transponowano do polskiego porządku krajowego poprzez art. 18^{3c} §1 KP przyznający pracownikom prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości. Co więcej, umiejscowienie przywoływanego przepisu w Rozdziale IIa KP, a także wspomniane wcześniej zawarcie otwartego katalogu zakazanych kryteriów dyferencjacji w art. 18^{3a} §1 KP, oznaczają, że ustawodawca polski przyjął szerszy zakres ochrony niż ten wynikający z przepisów prawa Unii Europejskiej, gdyż nie ograniczył się wyłącznie do przesłanki płci. Na potrzeby art. 18^{3c} §1 KP przyjęto, że wynagrodzenie „obejmuje wszystkie składniki wynagrodzenia, bez względu na ich nazwę i charakter, a także inne świadczenia związane z pracą, przyznawane pracownikom w formie pieniężnej lub w innej formie niż pieniężna”, co odpowiada definicji zawartej zarówno w art. 157 ust. 2 TFUE jak i art. 2 ust. 1 pkt e dyrektywy 2006/54 oraz relewantnego orzecznictwa TSUE. Niemniej w przypadku transpozycji art. 4 dyrektywy 2006/54 wątpliwości budzić może zakres podmiotowy polskich przepisów. Z uwagi na umiejscowienie prawa do równego wynagrodzenia za jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości w KP przysługuje ono jedynie pracownikom w rozumieniu art. 2 KP, tj. osobom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Ustawa wdrożeniowa nie zawiera tożsamego do 18^{3c} §1 KP przepisu, a mówi jedynie ogólnie w art. 4 pkt 2 o „warunkach podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy lub pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej”. Problem w tym wypadku stanowi pojęcie pracownika, które w prawie UE ma charakter autonomiczny. Zgodnie z orzecznictwem TSUE pracownikiem jest każda osoba wykonująca czynności rzeczywiste i efektywne, za wyjątkiem czynności mogących zostać uznanymi za marginalne i pomocnicze, przez pewien okres na rzecz innej osoby i pod jej kierownictwem, za co otrzymuje wynagrodzenie¹¹. Oznacza to, że w rzeczywistości polskiego rynku pracy niektóre osoby świadczące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych mogą mieć w kontekście unijnym, a takim są przepisy o równym traktowaniu, status pracownika, nawet jeśli nie przysługuje on im na gruncie prawa krajowego. Tym samym mogą one być objęte zakresem art. 4 dyrektywy 2006/54. Oczywiście sam fakt nieujęcia w ustawie wdrożeniowej zakazu dyskryminacji w odniesieniu do wynagrodzenia za taką samą pracę lub pracę o jednakowej wartości nie oznacza jeszcze błędnego implementowania dyrektywy 2006/54,

¹¹ Zob. np. wyrok TSUE z dnia 19 lipca 2017 r. w sprawie C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl p. Antoninowi Bordonarowi*, ECLI:EU:C:2017:566, pkt 19.

gdyż istotne jest nie tyle wierne odwzorowanie treści dyrektywy, ile osiągnięcie zakładanego przez nią celu. Z pewnością można uznać, że pojęcie warunków „podejmowania i wykonywania działalności (...) zawodowej” z art. 4 pkt 2 ustawy wdrożeniowej obejmuje kwestie wynagradzania, analogicznie do brzmienia art. 3 ust. 1 lit. c dyrektyw 2000/43 i 2000/78, a zatem również wynagradzania za pracę jednakową lub jednakowej wartości. Istotna w tym kontekście, choć jedynie w odniesieniu do przesłanki płci, jest również bezpośrednia skuteczność art. 157 TFUE w relacjach horyzontalnych. Znikoma praktyka sądowa w odniesieniu do ustawy wdrożeniowej nie pozwala jednak na wyciągnięcie wniosku, czy kwestia ta jest identyfikowana w praktyce stosowania przepisów o równym traktowaniu.

Powyżej omówione elementy zakresu przedmiotowego objęte zostały przez prawodawcę unijnego zakazem dyskryminacji ze względu na płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne, religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną. Tożsamy zakres podmiotowy w obszarze zatrudnienia, prowadzenia działalności na własny rachunek oraz wykonywania zawodu został przyjęty przez polskiego ustawodawcę zarówno na mocy przepisów KP, gdzie zastosowano nawet szerszą ochronę w związku z przyjęciem otwartego katalogu kryteriów dyskryminacyjnych, jak i ustawy wdrożeniowej. Należy zatem uznać, że w analizowanym zakresie ustawodawca polski dokonał co do zasady poprawnej implementacji analizowanych aktów prawa wtórnego. Przeprowadzona analiza wykazała jedynie uchybienia związane z członkostwem i działaniem w organizacjach pracowników lub pracodawców bądź jakiegokolwiek organizacji, której członkowie wykonują określony zawód.

3.2 Zabezpieczenie społeczne, ochrona społeczna i świadczenia społeczne

Zarówno dyrektywa 79/7 jak i dyrektywa 2000/43 obejmują swoim zakresem przedmiotowym zabezpieczenie społeczne (zagadnienia związane z dyrektywą 2006/54 omówiono odrębnie poniżej)¹². Dyrektywa 79/7 precyzuje, że ma ona zastosowanie do systemów ustawowych zapewniających ochronę przed ryzykiem choroby, inwalidztwa, starości, wypadku przy pracy i choroby zawodowej, bezrobocia (art. 3 ust. 1 pkt a) oraz do przepisów dotyczących pomocy społecznej w zakresie, w jakim mają one uzupełnić lub zastąpić wymienione wcześniej systemy (art. 3 ust. 1 pkt b). Dyrektywa 2000/43 posługuje się z kolei w art. 3 ust. 1 pkt e szerokim

¹² Dodatkowo należy wskazać, że w omawianym zakresie pewną istotność wykazywać może dyrektywa 2004/113, gdyż odnosi się ona do usług ubezpieczeniowych w ramach programów prywatnych. Nie została jednak omówiona w tej części rozważań ze względu na rozłączne potraktowanie w niniejszej analizie poszczególnych obszarów życia społecznego.

pojęciem „ochrony społecznej” obejmującym m.in. zabezpieczenie społeczne i opiekę zdrowotną. Co więcej, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt f znajduje ona zastosowanie również do „świadczeń społecznych”. Wykładnia pojęć używanych w dyrektywie 2000/43, za wyjątkiem opieki zdrowotnej, nastrocza pewnych trudności w związku z tym, że w przeciwieństwie do dyrektywy 79/7 nie precyzuje ona swojego zakresu przedmiotowego. W motywie 12 wspomina ona jedynie o konieczności objęcia ochroną przed nierównym traktowaniem dziedzin opieki społecznej włącznie z bezpieczeństwem socjalnym i opieką zdrowotną oraz ułatwieniami społecznymi. Porównanie innych wersji językowych dyrektywy 2000/43 wskazuje, że różnice pojęciowe pomiędzy jej art. 3 (ochrona społeczna i świadczenia społeczne) a motywem 12 (opieka społeczna i ułatwienia społeczne) są wynikiem przyjętego tłumaczenia w polskiej wersji językowej. Pomimo braku zdefiniowania wskazywanych pojęć, można jednak wyciągnąć co do ich treści następujące wnioski. Po pierwsze, zabezpieczenie społeczne na gruncie dyrektywy 2000/43 obejmuje, podobnie jak w dyrektywie 79/7, co najmniej systemy zapewniające ochronę przed ryzykiem choroby, inwalidztwa, starości, wypadku przy pracy i choroby zawodowej oraz bezrobocia. Wskazuje na to wykładnia systemowa tego pojęcia. Po drugie, konstrukcja art. 3 ust. 1 pkt e dyrektywy 2000/43 wskazuje, że pojęcia „ochrony społecznej” nie wyczerpują obszary zabezpieczenia społecznego oraz opieki zdrowotnej, ale w jego zakres wchodzić będą również kwestie np. pomocy społecznej (traktowane odrębnie od zabezpieczenia społecznego chociażby na gruncie art. 34 Karty Praw Podstawowych). Po trzecie, pojęcie „świadczeń społecznych”, jako odrębne wobec „ochrony społecznej”, musi obejmować swoim zakresem wszelkie świadczenia wypłacane ze środków publicznych, takie jak świadczenia rodzinne, opiekuńcze, alimentacyjne czy wychowawcze.

Implementacji dyrektyw 79/7 oraz 2000/43 do polskiego porządku prawnego w odniesieniu do zabezpieczenia społecznego, dokonano w art. 6 ustawy wdrożeniowej, wprowadzając w tym obszarze zakaz dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, zgodnie z zakresem podmiotowym analizowanych aktów prawa wtórnego. Potwierdzenie zasady równego traktowania znalazło się zresztą w art. 2a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. 2020 poz. 266, 321, 568, 695, 875, 1291). W odniesieniu do opieki zdrowotnej przepisy dyrektywy 2000/43 transponowano z kolei w art. 7 ustawy wdrożeniowej. Należy jednak zauważyć, że ustawodawca polski pominął w ustawie wdrożeniowej kwestie ochrony społecznej oraz świadczeń społecznych rozumianych w dyrektywie 2000/43 szerzej niż zabezpieczenie społeczne, na co wskazuje wykładnia literalna art. 3 ust. 1 lit. e-f dyrektywy 2000/43. Zgodnie z tymi przepisami, zabezpieczenie społeczne jest bowiem jedynie

elementem ochrony społecznej, obejmującej również m.in. opiekę zdrowotną, zaś świadczenia społeczne ujmowane są odrębnie. Prowadzi to nieuchronnie do postawienia pytania, czy w polskim systemie prawnym kwestie te objęte są zakresem znaczeniowym zabezpieczenia społecznego. O ile oczywiście w systemie tym nie funkcjonuje definicja legalna analizowanego pojęcia, o tyle pewną wskazówką, aczkolwiek nie definitywnym wyznacznikiem, może być art. 31 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (t.j. Dz.U. 2020 poz. 1220), zgodnie z którym dział zabezpieczenia społecznego obejmuje sprawy m.in. ubezpieczeń społecznych i zaopatrzenia społecznego, pomocy społecznej i świadczeń dla osób i gospodarstw domowych znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej. Nawet gdyby przyjąć tę wykładnię jako obowiązującą, pozostają wątpliwości co do objęcia pojęciem „zabezpieczenia społecznego” świadczeń społecznych, takich jak chociażby świadczenia wychowawcze.

Odrębnym zagadnieniem są systemy zabezpieczenia społecznego pracowników, do których zastosowanie ma dyrektywa 2006/54, rozumiane jako systemy nieobjęte dyrektywą 79/7 mające na celu zapewnienie osobom objętym zakresem podmiotowym świadczeń, których celem jest uzupełnienie ustawowych systemów zabezpieczenia społecznego lub ich zastąpienie, niezależnie od tego, czy przystąpienie do nich jest obowiązkowe czy dobrowolne (art. 2 ust. 1 pkt f). Zgodnie z art. 7 przywoływanej dyrektywy, chodzi o systemy zabezpieczenia społecznego pracowników zapewniające ochronę przed chorobą, inwalidztwem, starością, wypadkami przy pracy i chorobami zawodowymi czy bezrobociem, systemy zabezpieczenia społecznego pracowników przewidujących inne świadczenia socjalne, pieniężne lub rzeczowe, a także systemy zabezpieczenia społecznego szczególnych kategorii pracowników. Świadczenia związane z zabezpieczeniem społecznym pracowników wykazują ścisły związek z wynagrodzeniem za pracę na gruncie prawa UE wobec przyjęcia przez TSUE szerokiej definicji wynagrodzenia. Za objęte tym pojęciem TSUE uznał chociażby świadczenia z pracowniczych programów emerytalnych opierających się w głównej mierze na porozumieniu pomiędzy pracodawcą a przedstawicielami pracowników¹³, czy też składki odprowadzane przez pracodawcę w ramach pracowniczych programów emerytalnych wpływające bezpośrednio na wielkość innych świadczeń¹⁴. W orzeczeniu *Dietz* za objęte zakazem dyskryminacji w wynagradzaniu

¹³ Wyrok TS z dnia 13 maja 1986 r. w sprawie 170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH p. Karin Weber von Hartz*, Zb. Orz. 1986 01607, pkt. 20-21.

¹⁴ Wyrok TS z dnia 11 marca 1981 r. w sprawie 69/80, *Susan Jane Worringham i Margaret Humphreys p. Lloyds Bank Limited*, Zb. Orz. 1981 00767, pkt. 12-17.

TSUE uznał z kolei samo prawo przystąpienia do pracowniczych programów emerytalnych¹⁵. Jak podnosiła Komisja Europejska w swoim sprawozdaniu dotyczącym stosowania dyrektywy 2006/54, wydaje się, że w przypadku Polski „prawodawstwo w zakresie systemów zabezpieczenia społecznego pracowników nie obejmuje żadnych przepisów dotyczących równego traktowania”¹⁶. Faktycznie należy uznać, że polskie ustawodawstwo nie zawiera stosownych regulacji ujmujących tę kwestię systemowo, chyba że zabezpieczenie społeczne pracowników należałoby uznać za objęte zakresem znaczeniowym pojęcia zabezpieczenia społecznego używanym przez ustawę wdrożeniową. Niemniej nawet w braku stosownych regulacji odnoszących się wprost do omawianego zagadnienia, ochronę przed nierównym traktowaniem w zakresie zabezpieczenia społecznego pracowników można dzięki orzecznictwu TSUE wywieść z ochrony przed dyskryminacją w zakresie wynagradzania. Niemniej rekomendowane byłoby wskazanie tej kwestii wprost w przepisach wdrażających dyrektywę 2006/54.

4. Edukacja

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt g dyrektywy 2000/43 stosuje się ją, jako jedyną z analizowanych, w odniesieniu do edukacji, rozumianej w świetle art. 165 TFUE jako system edukacyjny państw członkowskich. Warto zwrócić uwagę na szeroką definicję pojęcia edukacji przyjętą przez TSUE w orzeczeniu *Manerio*, w którym zwrócono uwagę, iż w języku potocznym pojęcie to jest zwykle rozumiane jako „akty lub procesy, poprzez które następuje przekazywanie lub zdobywanie w szczególności informacji, wiedzy, pojmowania, postaw, wartości, umiejętności, kompetencji i zachowań”¹⁷. To szerokie ujęcie doprowadziło do uznania, że dostęp do edukacji jest jednym z zasadniczych aspektów analizowanej sfery życia społecznego. TSUE stwierdził również, że świadczenia finansowe w formie stypendiów wchodzą w jego zakres¹⁸.

Implementacji w tym zakresie dokonano w art. 4 pkt 4 lit. d w zw. z art. 7 ustawy wdrożeniowej, przewidując zakaz dyskryminacji w dostępie do oświaty oraz szkolnictwa wyższego ze względu na rasę lub pochodzenie etniczne, zgodnie z zakresem podmiotowym dyrektywy

¹⁵ Wyrok TS z dnia 24 października 1996 r. w sprawie C-435/93, *Francina Johanna Maria Dietz p. Stichting Thuiszorg Rotterdam*, Zb.Orz. 1996 I-05223, pkt 17.

¹⁶ Sprawozdanie dotyczące stosowania dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 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), COM/2013/0861 final.

¹⁷ Wyrok TSUE z dnia 15 listopada 2018 r. w sprawie C-457/17, *Heiko Jonny Maniero p. Studienstiftung des deutschen Volkes eV*, ECLI:EU:C:2018:912, pkt. 31.

¹⁸ *Ibidem*, pkt 37-39.

2000/43. Uwagę zwraca posłużenie się przez polskiego ustawodawcę pojęciami oświaty i szkolnictwa wyższego w miejsce edukacji. Należy jednak odczytać tę różnicę jako dostosowanie przepisów dyrektywy do polskiego porządku prawnego, skoro polski system edukacyjny obejmuje te właśnie dwa komponenty. Warto zauważyć również, jak wskazano już wcześniej, że sfera edukacji przenikać się może ze sferą kształcenia zawodowego i zdobywania praktycznego doświadczenia zawodowego, np. w przypadku praktyk zawodowych objętych programem studiów wyższych. Z uwagi na przyjęcie różnych zakresów ochrony w tych obszarach prawidłowa kwalifikacja danego elementu jako przynależnego albo sferze edukacji albo kształcenia zawodowego będzie miała kluczowe znaczenie dla stosowania ustawy wdrożeniowej.

5. Dostęp do dóbr i usług dostępnych publicznie

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt h dyrektywy 2000/43 obejmuje ona również swoim zakresem przedmiotowym dostęp do dóbr i usług oraz dostarczanie dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem. Nie obejmuje ona jednak usług świadczonych przez państwo w zakresie jego władztwa, związanych np. ze sporządzaniem aktów stanu cywilnego¹⁹. W motywie 4 wskazano ponadto, że w kontekście tego zakresu „istotne jest (...) przestrzeganie ochrony życia prywatnego i rodzinnego, jak również realizowanych w tym zakresie transakcji”. Podobnie dyrektywa 2004/113 zgodnie ze swoim art. 3 znajduje zastosowanie do dostępu do i dostarczania usług i dóbr ogólnodostępnych oferowanych poza obszarem życia prywatnego i rodzinnego.

Transpozycji wskazywanych aktów prawa wtórnego do krajowego porządku prawnego dokonano w art. 6 ustawy wdrożeniowej, wprowadzając zakaz nierównego traktowania ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne w zakresie „dostępu i warunków korzystania z (...) usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw lub energii, jeżeli są one oferowane publicznie”. Uwagę zwraca rozbieżność terminologiczna pomiędzy analizowanymi dyrektywami a polską ustawą wdrożeniową. O ile bowiem te pierwsze odnoszą się do „dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług”, na co zresztą wyraźnie wskazuje analiza porównawcza ich różnych wersji językowych, o tyle polska ustawa mówi o „dostępie i warunkach korzystania” z nich. Pojawia się oczywiście w związku z tym pytanie o relację pojęć „dostarczania” oraz „warunków korzystania” względem siebie. Pomocna okazuje się w tym względzie opinia rzecznik generalnej Juliane Kokott w sprawie *Belov*, gdzie zasugerowała ona,

¹⁹ Wyrok TSUE z dnia 12 maja 2011 r. w sprawie C-391/09, *Malgožata Runevič-Vardyn i in. p. Vilniaus miesto savivaldybės administracija i in.*, ECLI:EU:C:2011:291, pkt. 39-48.

iż warunki udostępniania oraz korzystania z dóbr i usług mogą stanowić element zakresu przedmiotowego wynikającego z art. 3 ust. 1 pkt h dyrektywy 2000/43, w szczególności w zakresie dostarczania dóbr i usług²⁰. Podzielenie tego poglądu prowadzi do uznania, że w istocie różnica terminologiczna pomiędzy prawodawstwem unijnym a ustawodawstwem polskim nie wydaje się przekładać na nieuzasadnione zawężenie zakresu ochrony przed nierównym traktowaniem, a tym samym nie stanowi niepoprawnej transpozycji analizowanych aktów prawa wtórnego do polskiego porządku prawnego.

Należy ponadto zwrócić uwagę, że ustawodawca polski zdecydował się w art. 3 pkt 7 na doprecyzowanie pojęcia usług, w przeciwieństwie do innych elementów zakresu przedmiotowego, uznając za nie usługi w rozumieniu art. 57 TFUE, tj. świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o innych swobodach rynku wewnętrznego. Spośród dwóch dyrektyw odnoszących się do analizowanego zakresu przedmiotowego wyłącznie dyrektywa 2004/113 zawiera odwołanie do traktatowej definicji usług, co prowokuje postawienie pytania, czy w zakresie dyrektywy 2000/43 pojęcie to nie powinno być zatem interpretowane szerzej niż przewidują to przepisy prawa pierwotnego i orzecznictwo TSUE w odniesieniu do swobód rynku wewnętrznego, np. poprzez objęcie nim usług publicznie dostępnych niemających charakteru czysto ekonomicznego i nieświadczonych w związku z tym zawsze za wynagrodzeniem²¹. Jest to jednak kwestia nierozstrzygnięta ani w doktrynie prawa UE ani w praktyce jego stosowania. Można jedynie wskazać, że Komisja Europejska w sprawozdaniu z wykonania dyrektywy 2000/43 odwołuje się do pojęcia usług „w rozumieniu nadanym temu pojęciu w traktatach i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”²².

6. Wyłączenia z zakresu przedmiotowego ochrony przed dyskryminacją

²⁰ Opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 20 września 2012 r. w sprawie C-394/11, *Waleri Chariew Below p. CEZ Elektro Bylgarija AD i in.*, ECLI:EU:C:2012:585, pkt 59-64.

²¹ Zob. J. Ringelheim, *The Prohibition of Racial and Ethnic Discrimination in Access to Services under EU Law*, *European Anti-Discrimination Law Review* nr 10/2010.

²² Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady, Wspólne sprawozdanie w sprawie zastosowania dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne („dyrektywa w sprawie równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe”) oraz dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy („dyrektywa w sprawie równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy”), COM(2014) 2 final, s. 13.

Ustawa wdrożeniowa zawiera w art. 5 szereg wyłączeń z zakresu przedmiotowego. Z uwagi na szczególny charakter wszelkich wyłączeń i odstępstw od zasady niedyskryminacji, a także z uwagi na fakt, że wyłączenia te w różny sposób korespondują z dyrektywami w obszarze równego traktowania, w tej części ekspertyzy zostanie przyjęty odwrotny niż dotychczas porządek przeprowadzania analizy. W pierwszej kolejności zaprezentowane zostaną zatem wyłączenia przyjęte przez polskiego ustawodawcę, a następnie będą one skonfrontowane z treścią dyrektyw stanowiących wzorzec oceny.

Zgodnie z art. 5 pkt 1 ustawy wdrożeniowej nie stosuje jej się do „sfery życia prywatnego i rodzinnego oraz czynności pozostających w związku z tymi sferami”. Nie ulega wątpliwości, że jest to w istocie przepis inspirowany postanowieniami dyrektyw 2000/43 (motyw 4) oraz 2004/113 (art. 3 ust. 1). O ile jednak w tych aktach prawa wtórnego odwołanie to stanowi dookreślenie zakresu przedmiotowego w odniesieniu do dostępu do dóbr i usług, o tyle w polskiej ustawie wdrożeniowej urosło ono do rangi wyłączenia rozciągającego się na cały zakres przedmiotowy ustawy. Zdaje się to jednak nie wpływać na zawężenie zakresu ochrony przed nierównym traktowaniem wynikającego z prawa UE, gdyż większość obszarów życia społecznego objętych tych zakresem ma w istocie charakter publiczny, a nie związany z życiem prywatnym czy rodzinnym. Niemniej należałoby zastanowić się nad relacją art. 5 pkt 1 do art. 8 ustawy wdrożeniowej w przedmiocie ochrony przed nierównym traktowaniem w zakresie wykonywania działalności zawodowej lub gospodarczej w sferach związanych z życiem prywatnym²³, skoro dyrektywy odnoszące się do sfery zatrudnienia nie zawierają stosownego wyłączenia. Zastosowanie przez polskiego ustawodawcę wyłączenia przedmiotowego sugeruje bowiem, że zatrudnianie w tej sferze, np. do pracy w domu, w ogóle nie podlega ocenie z perspektywy prawa do równego traktowania. Dyrektywy 2000/43 oraz 2004/113 tymczasem nie tylko nie stosują wyłączenia, ale konieczność ochrony sfery życia prywatnego i rodzinnego oraz transakcji dokonywanych w tym zakresie podnoszą wyłącznie w kontekście dostępu do dóbr i usług. Z tego względu należy uznać, że na gruncie prawa UE nieuzasadnione jest stosowanie wyłączenia określonego art. 5 pkt 1 ustawy wdrożeniowej do obszaru wykonywania działalności zawodowej lub gospodarczej. Oczywiście zasadne może być w przypadku sfer życia prywatnego i rodzinnego przyznanie jednostce daleko idącej autonomii, jednak rozwiązywanie ewentualnego konfliktu pomiędzy ochroną tej sfery a prawem do równego traktowania powinno odbywać się w procesie równoważenia praw na gruncie konkretnego przypadku. Z tego względu

²³ Por. wyrok TSUE z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawie 165/82, *Komisja Wspólnot Europejskich p. Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Zb. Orz. 1983 03431.

należy uznać, że stosując w art. 5 pkt 1 ustawy wdrożeniowej wyłączenie przedmiotowe rozciągające się na cały zakres stosowania ustawy, ustawodawca polski mógł dokonać nieuzasadnionego w świetle przepisów dyrektyw odnoszących się do zatrudnienia i pracy zawężenia ochrony przed dyskryminacją.

Zgodnie z art. 5 pkt 2 ustawy wdrożeniowej nie stosuje jej się do „treści zawartych w środkach masowego przekazu oraz ogłoszeniach w zakresie dostępu i dostarczania towarów i usług, w zakresie dotyczącym odmiennego traktowania ze względu na płeć”. Wyłączenie to jest bezpośrednią konsekwencją art. 3 ust. 3 dyrektywy 2004/113 stanowiącego, że nie ma ona zastosowania do „treści zawartych w środkach masowego przekazu, ogłoszeniach ani do kształcenia”. W związku z tym zastosowanie w omawianym przypadku wyłączenia przedmiotowego przez ustawę wdrożeniową stanowi prawidłową transpozycję dyrektywy 2004/113.

Zgodnie z art. 5 pkt 3 ustawy wdrożeniowej nie stosuje się jej do „swobody wyboru strony umowy, o ile tylko nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości”. Wyłączenie to jest bezpośrednią konsekwencją art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/113, zgodnie z którym nie narusza ona „swobody jednostki do wyboru partnera umownego, jeżeli tylko wybór partnera umownego nie jest oparty na płci tej osoby”. Dodanie przez ustawodawcę polskiego dodatkowych przesłanek rasy oraz pochodzenia etnicznego zdaje się z kolei wynikać z faktu, że dyrektywa 2000/43, odnosząca się do tych przesłanek, obejmuje swoim zakresem przedmiotowym tę samą sferę życia społecznego, co dyrektywa 2004/113. W świetle przytaczanego przepisu konieczne jest poczynienie dwóch uwag. Po pierwsze, ustawodawca polski zdecydował się na zastosowanie wyłączenia przedmiotowego, podczas gdy art. 3 ust. 3 dyrektywy 2004/113 zdaje się nie mieć takiego charakteru. Po drugie, kwestia swobody wyboru strony umowy nie aktualizuje się jedynie w przypadku dostępu do dóbr i usług, ale również warunków podejmowania działalności gospodarczej lub zawodowej (art. 4 pkt 2 oraz art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej), gdzie dyrektywy statuujące zakaz nierównego traktowania obejmują swoim zakresem także etap wyboru osoby mającej taką działalność świadczyć na rzecz określonego podmiotu (o czym w odniesieniu do zatrudnienia pracowniczego wprost świadczy art. 18^{3a} KP). W tym zakresie z kolei unijny wzorzec ochrony obejmuje także przesłanki religii, wyznania, światopoglądu, niepełnosprawności, wieku oraz orientacji seksualnej, pominiętych w przytaczanym wyżej przepisie, a objętych zakresem podmiotowym dyrektywy 2000/78. Oznacza to, że w sferze działalności gospodarczej i zawodowej swoboda wyboru partnera umownego jest również ograniczona zakazem nierównego traktowania ze względu na nie, a nie tylko płeć, rasę i pochodzenie etniczne. Brzmienie art. 5 pkt 3 ustawy wdrożeniowej mogłoby

sugerować zatem, że ustawodawca polski dokonał nieuzasadnionego zawężenia ochrony przed dyskryminacją w obszarze zatrudnienia. Jednocześnie jednak należy przepis ten interpretować w świetle transponowanego przez niego art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/113, który nie dotyczy sfery zatrudnienia, ale odnosi się wyłącznie do relacji pomiędzy kontrahentami w obszarze dóbr i usług. Z tego względu jego wykładnia powinna być dokonywana w ten sposób, że nie ogranicza on ochrony przed dyskryminacją wynikającej z art. 4 pkt 2 oraz art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej. Wadliwa konstrukcja art. 5 pkt 3 ustawy wdrożeniowej rodzi jednak ryzyko, iż przepis ten może być stosowany w praktyce w sposób zawężający ochronę w obszarze zatrudnienia.

Zgodnie z art. 5 pkt 4 ustawy wdrożeniowej nie stosuje się jej do „usług edukacyjnych w zakresie dotyczącym odmiennego traktowania ze względu na płeć”. Wyłączenie to, podobnie jak art. 5 pkt 2, jest bezpośrednią konsekwencją brzmienia art. 3 ust. 3 dyrektywy 2004/113. Co prawda posługuje się on pojęciem kształcenia (lub edukacji w innych wersjach językowych) mogącym sugerować odniesienie wyłącznie do publicznych systemów edukacji, jednak motyw 13 precyzuje, że zakaz dyskryminacji ze względu na płeć nie powinien mieć zastosowania do „kształcenia publicznego lub prywatnego”, a zatem również do usług edukacyjnych. W związku z tym zastosowanie w omawianym przypadku wyłączenia przedmiotowego przez ustawę wdrożeniową stanowi prawidłową transpozycję dyrektywy 2004/113.

Zgodnie z art. 5 pkt 5 ustawy wdrożeniowej nie stosuje się jej do „odmiennego traktowania ze względu na płeć w dostępie i warunkach korzystania z usług, rzeczy oraz nabywania praw lub energii, jeżeli ich zapewnienie wyłącznie lub głównie dla przedstawicieli jednej płci jest obiektywnie i racjonalnie uzasadnione celem zgodnym z prawem, a środki służące realizacji tego celu są właściwe i konieczne”. Jest to powtórzenie art. 4 ust. 5 dyrektywy 2004/113, przy czym ponownie należy zauważyć, że w dyrektywie przepis ten, w przeciwieństwie do ustawy wdrożeniowej, nie ma charakteru wyłączenia przedmiotowego. Przyjęcie przez polskiego ustawodawcę odmiennej konstrukcji w analizowanym zakresie może rodzić pewne wątpliwości interpretacyjne. Zastosowanie wyłączenia przedmiotowego może bowiem sugerować, że omawiana kwestia w ogóle nie podlega ocenie w zakresie zgodności z zasadą równego traktowania. Jednocześnie jednak wykładnia językowa art. 5 pkt 5 ustawy wdrożeniowej wskazuje, że warunkiem zastosowania tego wyłączenia jest przeprowadzenie oceny odmiennego traktowania z perspektywy kryteriów wskazanych w art. 4 ust. 5 dyrektywy 2004/113. W przypadku niespełnienia tych kryteriów ustawa znajdzie zastosowanie do odmiennego traktowania w określonym wyżej zakresie, przyznając możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu nierównego traktowania.

Z tego względu można uznać, że w tym wypadku różnica w konstrukcji analizowanych przepisów zdaje się nie wpływać negatywnie na poziom ochrony przed nierównym traktowaniem, w związku z czym można uznać, że w tym zakresie nie dokonano nieprawidłowej implementacji dyrektywy 2004/113.

Zgodnie z art. 5 pkt 6 ustawy wdrożeniowej nie stosuje się jej do „odmiennego traktowania co do możliwości i warunków podejmowania i wykonywania działalności zawodowej oraz podejmowania, odbywania i ukończenia nauki w zakresie kształcenia zawodowego, w tym w zakresie studiów wyższych, jeżeli rodzaj lub warunki wykonywania danej działalności zawodowej powodują, że przyczyna odmiennego traktowania jest rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym danej osobie fizycznej, proporcjonalnym do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania sytuacji tej osoby”. O ile zatem w ustawie wdrożeniowej ustawodawca ponownie posłużył się wyłączeniem przedmiotowym, chociaż niżej wskazane dyrektywy nim się nie posługują, o tyle poprawnie w art. 18^{3b} §2 KP ujął wymagania zawodowe jako wyjątek od zasady równego traktowania, uznając, że „zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie naruszają działania, proporcjonalne do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania sytuacji pracownika, polegające na niezatrudnianiu pracownika z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} §1, jeżeli rodzaj pracy lub warunki jej wykonywania powodują, że przyczyna lub przyczyny wymienione w tym przepisie są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym pracownikowi”. Przywoływane przepisy implementują do polskiego porządku prawnego art. 4 dyrektywy 2000/43, art. 4 ust. 1 dyrektywy 2000/78 oraz art. 14 ust. 2 dyrektywy 2006/54 odnoszące się do tzw. wymagań zawodowych. Analiza odpowiednich postanowień przywoływanych aktów prawa wtórnego prowadzi do wniosku, że w przypadku omawianej konstrukcji istotne jest pięć elementów, tj. (1) wymóg determinowany jest przez rodzaj lub warunki wykonywania danej działalności, (2) wymóg stanowią cechy związane z cechami chronionymi na gruncie przepisów antidyskryminacyjnych, (3) wymóg ma charakter istotny/rzeczywisty i determinujący, (4) wymóg służy osiągnięciu celu zgodnego z prawem, (5) wymóg jest proporcjonalny. Przywoływane wyżej polskie przepisy zawierają w sobie wszystkie z wymienianych elementów, co wskazuje na poprawne transponowanie do polskiego porządku prawnego unijnych przepisów o wymaganiach zawodowych. W kwestii posłużenia się przez ustawodawcę polskiego wyłączeniem przedmiotowym w art. 5 pkt 6 ustawy wdrożeniowej aktualne są uwagi poczynione wcześniej w odniesieniu do art. 5 pkt 5 ustawy. Również bowiem w tym wypadku stwierdzenie zaistnienia wyłączenia poprzedzone jest oceną zgodności zróżnicowania z kryteriami wskazanymi we właściwych dyrektywach.

Uwagę zwraca jednak kwestia szerokiego ujęcia przez ustawę wdrożeniową zakresu zastosowania wymogów zawodowych, obejmujących możliwości i warunki nie tylko „podejmowania i wykonywania działalności zawodowej”, ale również „podejmowania, odbywania i ukończenia nauki w zakresie kształcenia zawodowego, w tym w zakresie studiów wyższych”. Ani dyrektywa 2000/43 ani dyrektywa 2000/78 nie precyzują, czy wymagania zawodowe obejmują wyłącznie kwestię warunków wykonywania działalności zawodowej czy również szkolenia zawodowego. Wyłącznie dyrektywa 2006/54 w art. 14 ust. 2 wyraźnie wskazuje, że stosuje się je „w odniesieniu do dostępu do zatrudnienia, w tym do prowadzącego do niego szkolenia”. Celowościowa wykładnia art. 4 dyrektywy 2000/43 oraz art. 4 ust. 1 dyrektywy 2000/78 prowadzi jednak do wniosku, że obejmują one swoim zakresem całą sferę zatrudnienia, a zatem również kwestie szkolenia zawodowego. Tym samym uwagę zwraca zawężenie przez polskiego ustawodawcę zakresu art. 18^{3b} §2 KP wyłącznie do odmowy zatrudnienia, podczas gdy zakres przedmiotowy art. 18^{3a} §2 KP jest szerszy. Odnosząc się do problemu wskazania art. 5 pkt 6 ustawy wdrożeniowej studiów wyższych, należy wskazać, że w niektórych przypadkach studia wyższe mogą być kategoryzowane jako kształcenie zawodowe. Będzie to możliwe w przypadku zawodów, których wykonywanie warunkowane jest ukończeniem konkretnych studiów wyższych, takich jak sędziowie czy lekarze. Należy przy tym zaznaczyć, że art. 5 pkt 6 ustawy wdrożeniowej musi być wykładany zawężająco jako dotyczący wyłącznie studiów wyższych mogących być zakwalifikowanymi jako kształcenie zawodowe, a nie studiów wyższych w ogóle. Należy w związku z powyższym uznać, że ustawodawca polski nie dokonał niepoprawnej transpozycji postanowień dyrektyw odnoszących się do wymagań zawodowych.

Zgodnie z art. 5 pkt 7 ustawy wdrożeniowej nie stosuje się jej do „ograniczania przez kościoły i inne związki wyznaniowe, a także organizacje, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie, dostępu do działalności zawodowej oraz jej wykonywania ze względu na religię, wyznanie lub światopogląd, jeżeli rodzaj lub warunki wykonywania takiej działalności powodują, że religia, wyznanie lub światopogląd są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym danej osobie fizycznej, proporcjonalnym do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania sytuacji tej osoby; dotyczy to również wymagania od zatrudnionych osób fizycznych działania w dobrej wierze i lojalności wobec etyki kościoła, innego związku wyznaniowego oraz organizacji, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie”. Ponownie w ustawie wdrożeniowej zdecydowano się na zastosowanie wyłączenia przedmiotowego w przypadku, gdy właściwe dyrektywy nie posługują się tą konstrukcją. Poprawnie kwestię tę jako wyjątek od zasady równego traktowania ujęto natomiast

w art. 18^{3b} §4 KP, który razem z art. 5 pkt 7 ustawy wdrożeniowej transponuje do polskiego porządku prawnego art. 4 ust. 2 dyrektywy 2000/78, wprowadzający szczególny rodzaj wymagań zawodowych. Ich szczególny charakter wynika nie tylko ze specyficznego zakresu podmiotowego, ale również z warunków determinujących możliwość zastosowania tego wyjątku. O ile w przypadku „zwykłych” wymagań zawodowych wymóg miał być istotny i determinujący, przy spełnieniu kryteriów legalności celu i proporcjonalności środków, o tyle w przypadku art. 4 ust. 2 wymóg ma być nie tylko podstawowy (analiza porównawcza różnych wersji językowych dyrektywy skłania do uznania, że jest to termin tożsamy z „istotny” lub „rzeczywisty”), ale również zgodny z prawem (w przypadku „zwykłych” wymagań zawodowych to cel miał spełniać to kryterium a nie sam wymóg), uzasadniony i uwzględniający etykę danej organizacji. Ustawodawca polski nie zauważył jednak różnicy pomiędzy art. 4 ust. 1 i ust. 2 dyrektywy 2000/78, w obu przypadkach posługując się pojęciem istotnych i determinujących wymagań zawodowych. Tymczasem analiza porównawcza orzeczeń TSUE w odniesieniu do art. 4 ust. 1²⁴ oraz 4 ust. 2²⁵ wskazuje, że w istocie istnieje różnica pomiędzy kryteriami określonymi w tych przepisach, wynikający choćby z uwagi na to, czy cel zróżnicowania czy sam wymóg mają być zgodne z prawem. W pierwszym przypadku określenie legalności zakładanego celu, takiego jak wymogi związane z bezpieczeństwem czy zapewnienie sprawnego funkcjonowania danych służb, stanowi następnie punkt wyjścia do zbadania proporcjonalności przyjętych środków dla osiągnięcia zakładanego celu. W drugim z kolei chodzi o „zapewnienie, aby wymóg przynależności religijnej lub podzielenia przekonań, na których opiera się etyka danego kościoła lub danej organizacji, nie był wykorzystywany do realizacji celów niemających związku z tą etyką lub wykonywaniem przez ten kościół lub tę organizację prawa do autonomii”²⁶. Niezróżnicowanie przez polskiego ustawodawcę tych kryteriów może budzić wątpliwości z uwagi na cele art. 4 ust. 2 dyrektywy 2000/78, który ze względu na swój szczególny charakter stanowił przedmiot długotrwałych negocjacji w procesie jego kształtowania. Jako jego cele należy wskazać poszanowanie autonomii kościołów i wskazywanych w nim innych organizacji, a także zachowanie równowagi pomiędzy wolnością religijną a zasadą równego

²⁴ Zob. np. wyrok TSUE z dnia 12 stycznia 2010 r. w sprawie C-229/08, *Colin Wolf p. Stadt Frankfurt am Main*, ECLI:EU:C:2010:3, a także wyrok TSUE z dnia 13 września 2011 r. w sprawie C-447/09, *Reinhard Prigge i in. p. Deutsche Lufthansa AG*.

²⁵ Zob. wyrok TSUE z dnia 17 kwietnia 2018 r. w sprawie C-414/16, *Vera Egenberger p. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, ECLI:EU:C:2018:257, a także wyrok TSUE z dnia 11 września 2018 r. w sprawie C-68/17, *IR p. JQ*, ECLI:EU:C:2018:696.

²⁶ Wyrok TSUE z dnia 17 kwietnia 2018 r. w sprawie C-414/16, pkt 66.

traktowania. Trudno jednak jednoznacznie stwierdzić, czy doszło w tym zakresie do niezapewnienia realizacji celów wskazanego przepisu w zakresie, który mógłby prowadzić do postawienia zarzutu jego niepoprawnej implementacji do polskiego porządku prawnego.

Zgodnie z art. 5 pkt 8 ustawy wdrożeniowej nie stosuje się jej do odmiennego traktowania osób fizycznych ze względu na wiek w dwóch sytuacjach. Po pierwsze, „gdy jest to obiektywnie i racjonalnie uzasadnione celem zgodnym z prawem, w szczególności celami kształcenia zawodowego, pod warunkiem że środki służące realizacji tego celu są właściwe i konieczne”. Przepis w tym zakresie jest konsekwencją art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78 przewidującego możliwość wprowadzenia wyjątku od zakazu dyskryminacji ze względu na wiek pod warunkiem, że odmiennie traktowanie z tego powodu zostanie „obiektywnie i racjonalnie uzasadnione zgodnymi z przepisami celem, w szczególności celami polityki zatrudnienia, rynku prac i kształcenia zawodowego, i jeżeli środki mające służyć realizacji tego celu są właściwe i konieczne”. Jakkolwiek art. 6 ust. 1 nie przewiduje wprost możliwości stosowania tego wyjątku przez podmioty inne niż państwa członkowskie, należy uznać, że państwa te mogą transponować do krajowych porządków prawnych ten wyjątek w sposób generalny z zachowaniem wskazywanych w nim kryteriów. W tym zakresie zatem nie dokonano niepoprawnej implementacji. Po drugie, ustawy wdrożeniowej nie stosuje się do odmiennego traktowania „polegającego na ustaleniu dla celów zabezpieczenia społecznego różnych zasad przyznawania lub nabycia prawa do świadczeń, w tym różnych kryteriów wieku do obliczania wysokości świadczeń; w przypadku pracowniczych programów emerytalnych takie odmiennie traktowanie jest dopuszczalne, pod warunkiem że nie stanowi dyskryminacji ze względu na płeć”. W tym zakresie analizowany przepis jest konsekwencją art. 6 ust. 2 dyrektywy 2000/78, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą uznać, że „nie stanowi dyskryminacji ze względu na wiek ustalenie, dla systemów zabezpieczenia społecznego pracowników, wieku przyznania lub nabycia praw do świadczeń emerytalnych lub inwalidzkich, włącznie z wyznaczaniem, w ramach tych systemów, różnych granic wieku dla pracowników lub grup bądź kategorii pracowników i wykorzystania, w ramach tych systemów, kryteriów wieku do obliczania wysokości świadczeń, pod warunkiem że nie stanowi to dyskryminacji ze względu na płeć”. TSUE w orzeczeniu *Toftgaard* wskazał, że „przeznaczeniem art. 6 ust. 2 dyrektywy 2000/78 jest zastosowanie do wszystkich rodzajów systemów zabezpieczenia społecznego, które obejmują ryzyko starości i inwalidztwa”²⁷. Jednocześnie jednak zgodnie z art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78 nie stosuje się jej do „wszelkiego

²⁷ Wyrok TSUE z dnia 26 września 2013 r. w sprawie C/546/11, *Dansk Jurist- og Økonomforbund, działający w imieniu Erika Toftgarda, p. Indenrigs- og Sundhedsministeriet*, ECLI:EU:C:2013:603, pkt 43.

rodzaju płatności dokonanych z systemów publicznych lub podobnych, włączając w to systemy zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej”. Motyw 14 wyjaśnia ponadto, że wspomniana dyrektywa nie narusza przepisów prawa krajowego ustanawiającego wiek emerytalny. Należy wobec tego stwierdzić, że w tym zakresie nie dokonano niepoprawnej implementacji dyrektywy 2000/78. Ponownie jednak należy zwrócić uwagę, że ustawodawca polski posłużył się w ustawie wdrożeniowej wyłączeniem przedmiotowym w sytuacji, gdy dyrektywy posługują się konstrukcją wyjątku od zasady równego traktowania. I w tym przypadku aktualne jednak są uwagi poczynione wcześniej w odniesieniu do art. 5 pkt 5 ustawy. Również bowiem w tym wypadku stwierdzenie zaistnienia wyłączenia poprzedzone jest oceną zgodności zróżnicowania z kryteriami wskazanymi w dyrektywie 2000/78.

Zgodnie z art. 5 pkt 9 ustawy wdrożeniowej nie stosuje się jej do „odmiennego traktowania, ze względu na kryterium obywatelstwa, osób fizycznych niebędących obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej ani członkami ich rodzin, w szczególności w zakresie warunków wjazdu i pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz związanego ze statusem prawnym”. Przepis ten jest konsekwencją nie tylko zakresów podmiotowych implementowanych ustawą wdrożeniową aktów prawa wtórnego, ale również art. 3 ust. 2 dyrektywy 2000/43 oraz art. 3 ust. 2 dyrektywy 2000/78, a także zakresu dyrektywy 2014/54/UE (omawianej w punkcie 7 niniejsze analizy).

Ponadto zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy wdrożeniowej nie stanowi naruszenia zakazu w zakresie przedmiotowym regulowanym przez dyrektywę 2000/78 „nierówne traktowanie ze względu na religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w zakresie podejmowania środków koniecznych w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa publicznego i porządku, ochrony zdrowia lub ochrony wolności i praw innych osób oraz zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, w zakresie określonym w innych przepisach”. Przepis ten jest konsekwencją art. 2 ust. 5 dyrektywy 2000/78 stanowiącego, że nie narusza ona „środków przewidzianych przepisami krajowymi, które w społeczeństwie demokratycznym są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, utrzymania porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób”. Pomimo wątpliwości co do konieczności implementacji art. 2 ust. 5 przez przepisy krajowe, nie zdaje się, by jego odzwierciedlenie w art. 8 ust. 2 ustawy wdrożeniowej negatywnie wpływało na ocenę w zakresie transpozycji dyrektywy 2000/78.

7. Nierówne traktowanie i jego formy

Analiza postanowień ustawy wdrożeniowej oraz KP w świetle wskazanych na wstępie aktów prawa wtórnego wskazuje na to, że co do zasady ustawodawca polski dokonał poprawnej implementacji w zakresie form nierównego traktowania. Niemniej należy poczynić w tym względzie kilka uwag szczegółowych. Po pierwsze, w definicji dyskryminacji bezpośredniej w art. 18^{3a} §3 KP przyjęto błędną hipotetyczną perspektywę porównawczą w związku ze sformułowaniem „(...) lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy”, podczas gdy dyrektywy w obszarze równego traktowania posługują się określeniem „(...) lub byłaby traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji”. Ten oczywisty błąd został dostrzeżony w orzecznictwie sądów krajowych, które pomimo brzmienia krajowego przepisu interpretują pojęcie dyskryminacji bezpośredniej zgodnie z terminologią używaną w dyrektywach²⁸. W związku z takim podejściem do wykładni art. 18^{3a} §3 KP nie można zatem postawić zarzutu błędnej transpozycji właściwych dyrektyw do porządku krajowego.

Po drugie, uwagę zwraca posłużenie się w definicji dyskryminacji pośredniej w art. 18^{3a} §4 KP odwołaniem do szczególnie niekorzystnej sytuacji „wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka” cech, podczas gdy dyrektywy odnoszące się do sfery zatrudnienia mówią wyłącznie o szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób wyróżnionych ze względu na daną cechę bez ustalania, w przeciwieństwie do art. 18^{3a} §4 KP, odpowiedniej proporcji. Brzmienie przytaczanego przepisu zdaje się być jednak konsekwencją wykładni przyjmowanej przez TSUE w odniesieniu do sformułowania „szczególna niekorzystna sytuacja”. W orzeczeniu w sprawie *CHEZ* TSUE przyjął, że pojęcie to nie oznacza szczególnie ciężkiego przypadku nierówności, ale że „to szczególnie osoby danego pochodzenia rasowego lub etnicznego znajdują się w niekorzystnej sytuacji ze względu na sporny przepis, sporne kryterium lub sporną praktykę”²⁹. TSUE przyjmuje w tym zakresie teorię nieproporcjonalnie negatywnych skutków, zgodnie z którą osoby z różnych grup mogą w ten sam sposób zostać pokrzywdzone kwestionowanym działaniem, przy czym istotne jest, by występowała znacząca różnica w proporcji między tymi grupami, tzn. by wyraźnie więcej osób posiadających daną cechę było w szczególnie niekorzystnej sytuacji w odniesieniu do osób niewyróżnionych ze względu na nią³⁰. Podejście to zastosowano

²⁸ Zob. np. wyrok SN z dnia 23 maja 2012 r., sygn. akt I PK 206/11, LEX nr 1219495.

²⁹ Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CEZ Razpredelenie Byłgarija AD p. Komisija za zasztita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480, pkt 109.

³⁰ S. Mize, *Indirect Discrimination Reconsidered*, New Zealand Law Review, No. 1/2007, s. 37.

choćby w orzeczeniach *A Government department*³¹ czy *Esoterikon*³², gdzie przyjęto, że do dyskryminacji pośredniej dochodzi, gdy przepis, kryterium lub praktyka faktycznie działa na niekorzyść znacznie większej liczby osób posiadających daną cechę w stosunku do tych, którzy tej cechy nie mają. O ile zatem brzmienie art. 18^{3a} §4 KP zdaje się być zgodne z wykładnią pojęcia dyskryminacji pośredniej stosowaną przez TSUE, o tyle należy wskazać, że odwoływanie się w definicjach legalnych przyjmowanych w ustawodawstwie krajowym do wykładni TSUE może stanowić pewną pułapkę w sytuacji, gdy TSUE zmieni ową wykładnię odpowiednich przepisów dyrektyw w obszarze równego traktowania. Wówczas to na sądach krajowych będzie spoczywał ciężar właściwej wykładni art. 18^{3a} §4 KP, pomimo jego literalnego brzmienia. Należy w tym kontekście zauważyć, że art. 3 pkt 2 ustawy wdrożeniowej w ogóle nie posługuje się elementem zbiorowym dyskryminacji pośredniej, mówiąc nie o szczególnie niekorzystnej sytuacji osób posiadających określoną cechę, ale o sytuacji konkretnej osoby fizycznej. Ta różnica definicyjna zdaje się jednak nie stwarzać problemów w zakresie osiągnięcia celów analizowanych aktów prawa wtórnego.

Po trzecie wreszcie, w prawie UE wśród elementów definicyjnych zjawiska dyskryminacji nie występują ani personalny charakter zabronionego kryterium dyferencjacji ani pokrzywdzenie indywidualnie oznaczonej osoby³³, co jest efektem rozszerzania przez TSUE w swoim orzecznictwie rozumienia pojęcia nierównego traktowania³⁴. Zerwania bezpośrednio osobistego związku między osobą dyskryminowaną a cechą dystynktywną TSUE dokonał w orzeczeniu *Coleman*, gdzie uznał, że zakaz dyskryminacji nie ogranicza się tylko do osób, które same posiadają określoną cechę osobistą, ale obejmuje również podmioty pozostające z tymi osobami w pewnych osobistych relacjach (tzw. dyskryminacja przez asocjacje)³⁵. Co więcej, uznał następnie, że więź nie musi być interpretowana wyłącznie jako bliskość emocjonalna czy

³¹ Wyrok TSUE z dnia 18 marca 2014 r. w sprawie C-363/12, *A Government department p. The Board of management of a community school*, ECLI:EU:C:2014:159, pkt 53.

³² Wyrok TSUE z dnia 18 października 2017 r., *Ypourgos Esoterikon i inni p. Marii-Eleni Kalliri*, sygn. C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767.

³³ A. Wróbel, *Rekonstrukcja pojęcia "dyskryminacja"? Uwagi na tle dwóch orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE*, [w:] *Księga pamiątkowa w piątą rocznicę śmierci Profesora Andrzeja Kijowskiego*, red. Z. Niedbała, Warszawa 2010, s. 337.

³⁴ A. Eriksson, *European Court of Justice: Broadening the Scope of European Non-discrimination Law*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7 (2009), Issue 4, s. 731.

³⁵ Wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-303/06, *S. Coleman p. Attridge Law i inni*, ECLI:EU:C:2008:415, pkt 56.

powiązanie osobiste, ale również jako wchodzenie w luźniejsze interakcje, niezwiązane ze stosunkami rodzinnymi lub prywatnymi³⁶. Z kolei w orzeczeniu w sprawie *Feryn*³⁷ TSUE uznał, że pokrzywdzenie dyskryminacyjnym zróżnicowaniem nie musi mieć charakteru rzeczywistego w postaci skonkretyzowanej osoby nierówno potraktowanej, a może mieć charakter jedynie potencjalny. Pogląd ten potwierdził następnie w orzeczeniach *Asociatia Accept*³⁸ oraz *Rete Lenford*³⁹, określając jednocześnie kryteria dla oceny odpowiedzialności za naruszenie zakazu dyskryminacji w sytuacji, gdy nie identyfikuje się konkretnej osoby nierówno traktowanej. Zarówno w przypadku niepersonalnego charakteru zabronionego kryterium dyferencjacji jak i pokrzywdzenia niezidentyfikowanej indywidualnie oznaczonej osoby ustawodawstwo polskie nie ogranicza w żadnej sposób wykładni dokonywanej przez TSUE. W polskim ustawodawstwie z zakresu równego traktowania nie zawarto odniesienia wprost do tzw. dyskryminacji przez asocjację, ale należy uznać na podstawie przytaczanego wyżej orzecznictwa TSUE, że jest ona w istocie swoistą odmianą innych form nierównego traktowania, a nie formą odrębną. O ile zatem ewentualne wprowadzenie jej definicji do polskiego ustawodawstwa nie zdaje się być obowiązkiem implementacyjnym, o tyle mogłoby przyczynić się do zapewnienia efektywności ochrony przed dyskryminacją wynikającej prawa unijnego.

W przypadku drugiego ze wskazywanych elementów ukształtowanie przez polskiego ustawodawcę procedury dochodzenia roszczeń z tytułu nierównego traktowania (zob. rozwinięcie w punkcie 6 niniejszej analizy) sprawia, że niemożliwe jest pociągnięcie do odpowiedzialności osób dopuszczających się nierównego traktowania w warunkach określonych w orzeczeniach *Feryn*, *Asociatia Accept* oraz *Rete Lenford*. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy na państwach członkowskich ciąży obowiązek takiego ukształtowania systemu odpowiedzialności za naruszenie zasady równego traktowania, by obejmował on również właściwe sankcje za naruszenie w postaci dyskryminacyjnych oświadczeń. Z jednej strony dochodzenie roszczeń z tytułu nierównego traktowania opiera się w prawie UE na paradygmacie skargi indywidualnej, uzależniając skuteczne uruchomienie mechanizmu ochrony od posiadania statusu ofiary

³⁶ Por. wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bylgarija AD p. Komisija za zasztita ot diskriminacija*, ECLI:EU:C:2015:480.

³⁷ Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397.

³⁸ Wyrok TSUE z dnia 25 kwietnia 2013 r. w sprawie C-81/12, *Asociatia Accept p. Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii*, ECLI:EU:C:2013:275.

³⁹ Wyrok TSUE z dnia 23 kwietnia 2020 r. w sprawie C-507/18, *NH p. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, ECLI:EU:C:2020:289.

nierównego traktowania. Prawo UE nie przewiduje również obowiązku przyznania organizacjom społecznym prawa do wszczynania postępowań sądowych celem zapewnienia przestrzegania zasady równego traktowania (zob. uwagi poczynione w punkcie 6.2 niniejszej analizy). Z drugiej jednak strony na państwach członkowskich ciąży obowiązek wprowadzenia skutecznych, proporcjonalnych i dolegliwych sankcji za naruszenie zasady równego traktowania, które to sankcje mogą przewidywać wypłacenia odszkodowania ofierze (zob. uwagi poczynione w punkcie 6.5 niniejszej analizy). W przytaczanych wyżej orzeczeniach *Feryn*, *Asociatia Accept* oraz *Rete Lenford* TSUE uznał, że publiczne dyskryminujące oświadczenia w dziedzinie zatrudnienia i pracy mogące zniechęcać osoby, których dotyczą, do ubiegania się o zatrudnienie są objęte zakresem przedmiotowym dyrektyw 2000/43 oraz 2000/78. W orzeczeniu *Feryn* TSUE wskazał ponadto, że „osiągnięcie celu polegającego na wspieraniu rynku pracy sprzyjającego społecznej integracji byłoby trudne, gdyby zakres zastosowania dyrektywy 2000/43 był ograniczony jedynie do przypadków, gdy kandydat, któremu nie powiodło się przy rekrutacji, uważający się za ofiarę dyskryminacji bezpośredniej, wszczyna postępowania sądowe przeciwko pracodawcy”⁴⁰. Okoliczności te przemawiałyby za uznaniem, że państwa członkowskie zobowiązane do zapewnienia skutecznej realizacji celów dyrektyw w obszarze równego traktowania powinny przewidzieć w swoich krajowych porządkach prawnych odpowiedzialność za dyskryminujące publiczne oświadczenia. Wówczas można by uznać, że polskie ustawodawstwo nie zapewnia poziomu ochrony tożsamego z tym gwarantowanym przez odpowiednie przepisy prawa wtórnego. Jednocześnie należy jednak wskazać, że ten aspekt omawianego problemu nie jest na razie dostrzegany przez TSUE, który w przytaczanych orzeczeniach rozważał ten problem z perspektywy środków ochrony praw i legitymacji organizacji pozarządowych do wszczynania postępowań sądowych w przypadku braku możliwości zidentyfikowania indywidualnej osoby pokrzywdzonej nierównym traktowaniem. Z tego względu postawienie zarzutu nieprawidłowej implementacji dyrektyw z obszaru równego traktowania w tym zakresie mogłoby nie być uzasadnione.

8. Szczególne instytucje prawa antydyskryminacyjnego

8.1 Działania pozytywne

Art. 5 dyrektywy 2000/43, art. 7 dyrektywy 2000/78, art. 6 dyrektywy 2004/113, art. 3 dyrektywy 2006/54 oraz art. 5 dyrektywy 2010/41 przewidują możliwość stosowania przez

⁴⁰ Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397, pkt 24.

państwa członkowskie tzw. działań pozytywnych, czyli szczególnych środków mających zapobiegać lub wyrównywać niedogodności, u podstaw których leżą zakazane kryteria dyferencjacji. Istotne w przypadku działań pozytywnych jest odróżnienie ich od dyskryminacji pozytywnej oraz dyskryminacji odwróconej. Działania pozytywne odwołują się w istocie do koncepcji równości szans poprzez minimalizowanie niedogodności związanych z cechą prawnie chronioną i stwarzanie w ten sposób w miarę równych szans, podczas gdy dyskryminacja pozytywna jest raczej przejawem równości efektu, a więc zakłada bardziej korzystne traktowanie osób należących do pewnych grup wykluczonych właśnie ze względu na tę przynależność⁴¹. Dyskryminacja odwrotna odnosi się natomiast do nierównego traktowania ze względu na przynależność państwową, a więc lepszego traktowania podmiotów prawnych z innych państw członkowskich w porównaniu z podmiotami krajowymi. Różnica pomiędzy dwoma pierwszymi pojęciami znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie TSUE dotyczącym dopuszczalności stosowania środków wyrównawczych. W orzeczeniu w sprawie *Kalanke*⁴² TSUE stwierdził, że środki opierające się na równości efektu nie są dozwolone w świetle unijnego prawa antydyskryminacyjnego, ale w orzeczeniu *Marschall*⁴³ TSUE uznał za dopuszczalne działania pozytywne jako środki odwołujące się do równości szans.

Stosowanie działań pozytywnych stanowi wyjątek od zasady równego traktowania, skoro prowadzi do swoistego uprzywilejowania przedstawicieli grupy mniejszościowej względem osób należących do grupy dotychczas znajdującej się w lepszym położeniu faktycznym (z uwagi np. na negatywne stereotypy lub wykluczenie ekonomiczne i społeczne), co w efekcie prowadzi do konfliktu z równością w rozumieniu formalnym⁴⁴. Jako wyjątek działania takie muszą być zatem interpretowane w sposób zawężający. Dlatego też podnosi się, że działania te muszą mieć charakter czasowy⁴⁵, gdyż w przeciwnym razie oznaczałyby one usankcjonowanie nierównego traktowania pewnej grupy. Czasowość tę należy rozumieć nie w kategoriach prostego upływu czasu, ale poprzez pryzmat celu podejmowanych działań, czyli doprowadzenia

⁴¹ K. Wheat, *Positive Action and Positive Discrimination*, Journal of Civil Liberties Volume 4 (1999), s. 79.

⁴² Wyrok TSUE z dnia 17 października 1995 r. w sprawie C-450/93, *E. Kalanke p. Freie Hansestadt Bremen*, ECLI:EU:C:1995:322.

⁴³ Wyrok TSUE z dnia 11 listopada 1997 r. w sprawie C-409/95, *H. Marschall p. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1997:533.

⁴⁴ M. Bennett, S. Robert, H. Davis, *The Way Forward – Positive Discrimination or Positive Action*, International Journal of Discrimination and the Law, Volume 6 (2005), s. 224.

⁴⁵ S. Naylor, *An Examination of Whether the Use of Positive Discrimination Can be Justified*, UCL Jurisprudence Review, Volume 14 (2008), s. 211.

do zapewnienia równości poprzez wyrównywanie negatywnego wpływu cechy chronionej. Z tego względu bardziej zasadne jest uznanie, że działania pozytywne mogą być stosowane, dopóki nie zostanie osiągnięty zakładany cel.

Takie rozumienie czasowości rodzi jednak konieczność oceny stosowanych środków przez pryzmat proporcjonalności⁴⁶ lub dokonywania ich ewaluacji. Jeśli okazałyby się one w praktyce nieskuteczne w osiągnięciu założonego celu, sankcjonowałyby w istocie nierówne traktowanie w sposób trwały, skoro cel byłby niemożliwy do osiągnięcia przy ich zastosowaniu. Czasowość w tym ujęciu pozwala więc dostrzec pewną analogię do dyskryminacji pośredniej. Po pierwsze, działania pozytywne mają służyć realizacji obiektywnie uzasadnionego legalnego celu, jakim jest zapewnienie równości szans różnych grup w przypadku stwierdzenia faktycznie występujących nierówności, takich jak np. niska reprezentacja kobiet w ogólnej strukturze organizacyjnej. Po drugie, jak już podniesiono, podejmowane działania należy oceniać pod kątem proporcjonalności w zakresie, w jakim powinny one być właściwe dla osiągnięcia zakładanego celu⁴⁷. Przy dokonywaniu oceny działań pozytywnych zasadne jest zatem korzystanie przez analogię z kryteriów przyjmowanych przy weryfikacji dopuszczalności uzasadnienia dyskryminacji pośredniej⁴⁸. Należy przy tym zwrócić uwagę, że TSUE wskazał już w swoim orzecznictwie pewne ogólne wymagania, jakie środki te muszą spełniać. Po pierwsze, w orzeczeniu w sprawie *Maistrellis* słusznie podkreślił, że nie mogą one prowadzić do utrwalania stereotypów wobec osób należących do grupy mniejszościowej⁴⁹, skoro nierówność szans wynika częstokroć, jak już podnoszono, z uprzedzeń wobec tej grupy. Po drugie, w orzeczeniu *Badeck* uznał, rozpatrując środki nakierowane na zwiększenie reprezentacji kobiet w strukturze zatrudnienia, że nie mogą one przyznawać automatycznie i bezwarunkowo pierwszeństwa kobietom, a także pozbawiać kandydatów prawa do obiektywnej oceny uwzględniającej indywidualną sytuację każdego z nich⁵⁰.

⁴⁶ Wyrok TSUE z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie C-407/98, *K. Abrahamsson i Anderson p. Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367, pkt 55.

⁴⁷ Wyrok TSUE z dnia 19 marca 2002 r. w sprawie C-476/99, *H. Lommers p. Minister Van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ECLI:EU:C:2002:183, pkt 39.

⁴⁸ M. De Vos, *Beyond Formal Equality – Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Commission, Brussels 2007, s. 14.

⁴⁹ Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie C-222/14, *K. Maistrellis p. Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthropinon Dikaiomaton*, ECLI:EU:C:2015:473, pkt 50.

⁵⁰ Wyrok TSUE z dnia 28 marca 2000 r. w sprawie C-158/97, *G. Badeck i inni przy udziale Hessische Ministerpräsident i Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, ECLI:EU:C:2000:163, pkt 23.

Transpozycji wskazywanych wyżej przepisów dyrektyw dokonano zarówno w KP jak i ustawie wdrożeniowej, przewidując możliwość stosowania działań pozytywnych również przez inne podmioty niż państwo, w tym pracodawców. Zgodnie z art. 18^{3b} §3 KP „nie stanowią naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu działania podejmowane przez określony czas, zmierzające do wyrównywania szans wszystkich lub znacznej liczby pracowników wyróżnionych z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1, przez zmniejszenie na korzyść takich pracowników faktycznych nierówności, w zakresie określonym w tym przepisie”. Uwagę zwraca bezpośrednio odwołanie w cytowanym przepisie do czasowości działań pozytywnych. Art. 11 ustawy wdrożeniowej stanowi z kolei, że „nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania podejmowanie działań służących zapobieganiu nierównemu traktowaniu lub wyrównywaniu niedogodności związanych z nierównym traktowaniem, u podstaw których leży jedna lub kilka przyczyn, o których mowa w art. 1”. W związku z brzmieniem zacytowanych przepisów należy uznać, że dokonano w tym zakresie poprawnej transpozycji do polskiego porządku prawnego.

8.2 Racjonalne usprawnienia dla osób z niepełnosprawnościami

Art. 5 dyrektywy 2000/78 wprowadza instytucję racjonalnych usprawnień oznaczającą podejmowanie przez pracodawcę właściwych środków „z uwzględnieniem potrzeb konkretnej sytuacji, aby umożliwić osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, wykonywanie jej lub rozwój zawodowy bądź kształcenie, o ile środki te nie nakładają na pracodawcę nieproporcjonalnie wysokich obciążeń”. Zgodnie z motywem 20 przytaczanej dyrektywy „należy przyjąć właściwe, to znaczy skuteczne i praktyczne środki w celu przystosowania miejsca pracy z uwzględnieniem niepełnosprawności, na przykład przystosowując pomieszczenia lub wyposażenie, czas pracy, podział zadań lub ofertę kształceniową lub integracyjną”. Motyw 17 stanowi przy tym, że z zastrzeżeniem postanowień o racjonalnych usprawnieniach dyrektywa „nie nakłada wymogu, aby osoba, która nie jest kompetentna ani zdolna bądź dyspozycyjna do wykonywania najważniejszych czynności na danym stanowisku lub kontynuacji danego kształcenia, była przyjmowana do pracy, awansowana lub dalej zatrudniana”. Jak TSUE wskazał w orzeczeniu *HK Danmark*, „w kontekście dyrektywy 2000/78 pojęcie to musi być rozumiane jako usunięcie wszelkich barier, które mogą utrudniać osobom niepełnosprawnym pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu zawodowym na równych zasadach z innymi pracownikami”, a „zawarty w

motywie 20 (...) katalog właściwych środków służących przystosowaniu miejsca pracy w zależności od niepełnosprawności nie jest wyczerpujący”⁵¹.

Transpozycji omawianego przepisu dokonano w art. 23a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. 2020, poz. 426, 568, 875), poprawnie ujmującym istotę racjonalnych usprawnień, kwestię ich proporcjonalności, określającym brak ich dokonania jako formę naruszenia zasady równego traktowania oraz nieograniczającym racjonalnych usprawnień do konkretnych środków. W świetle dokonanej już analizy unijnego rozumienia niepełnosprawności należy jednak stwierdzić, że polski ustawodawca dokonał błędnej implementacji art. 5 dyrektywy 2000/78 w związku z zawężeniem definicji niepełnosprawności i uzależnieniem jej od posiadania odpowiedniego orzeczenia. Zgodnie bowiem z art. 1 przytoczonej ustawy dotyczy ona osób niepełnosprawnych, czyli tych, których niepełnosprawność została potwierdzona orzeczeniem m.in. o zakwalifikowaniu do jednego z trzech stopni niepełnosprawności uwarunkowanych przede wszystkim względami medycznymi. Tym samym przepisy o racjonalnych usprawnieniach również znajdują zastosowanie do zawężonego względem dyrektywy 2000/78 kręgu osób z niepełnosprawnościami. Co więcej, art. 23a odnosi się wyłącznie do osób pozostających w stosunku pracy, uczestniczących w procesie rekrutacji lub odbywającej szkolenie, staż, przygotowanie zawodowe albo praktyki zawodowe lub absolwenckie. O ile zatem właściwie ujęto kwestię zatrudnienia w sposób szeroki, obejmując zakresem ustawy również problematykę rekrutacji, o tyle ograniczono się do osób świadczących pracę na podstawie stosunku pracy. Tymczasem, jak już podnoszono w przypadku zasady równego wynagradzania z jednakową pracą lub pracą o jednakowej wartości, unijna wykładnia pojęcia pracownika może być szersza niż definicja krajowa, a zatem nawet osoby świadczące pracę w zatrudnieniu niepracowniczym mogą w rozumieniu prawa unijnego być pracownikami.

9. Środki ochrony prawnej oraz zagadnienia proceduralne i instytucjonalne

9.1 Dostępność procedur sądowych i/lub administracyjnych

Zgodnie z art. 7 ust. 1 dyrektywy 2000/43, art. 9 ust. 1 dyrektywy 2000/78, art. 8 ust. 1 dyrektywy 2004/113, art. 17 ust. 1 dyrektywy 2006/54 oraz art. 9 ust. 1 dyrektywy 2010/41 państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia, by odpowiednie procedury sądowe lub

⁵¹ Wyrok TSUE z dnia 11 kwietnia 2013 r. w sprawach połączonych C-335/11 i C-337/11, *HK Danmark p. Dansk almennyttigt Boligselskab* oraz *HK Danmark p. Dansk Arbejdsgiverforening*, ECLI:EU:C:2013:222, pkt 53-60.

administracyjne oraz, o ile uznają to za właściwe, procedury pojednawcze, których celem jest zapewnienie poszanowania zasady równego traktowania były dostępne dla wszystkich osób uważających się za pokrzywdzone w związku z naruszeniem wobec nich tej zasady, nawet po ustaniu stosunków, w ramach których domniemywa się istnienie dyskryminacji. Prawodawca unijny nie wyznaczył modelowej procedury dochodzenia roszczeń z tytułu nierównego traktowania, pozostawiając w tym względzie swobodę państwom członkowskim zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej. Wskazał jedynie, że przy kształtowaniu takowej procedury konieczne jest zapewnienie jej dostępności, co należy odczytywać w kontekście prawa do skutecznego środka prawnego⁵². Jednocześnie autonomia proceduralna państw członkowskich ograniczona jest oczywiście przez wymogi związane z zasadami równowagi i skuteczności. Jak wskazał TSUE w orzeczeniu *Bulicke* odnoszącym się do dyrektywy 2000/78, „w braku uregulowań Unii w danym zakresie do wewnętrznego porządku prawnego każdego państwa członkowskiego należy wyznaczenie właściwych sądów oraz ustanowienie szczegółowych zasad proceduralnych dotyczących środków zaskarżenia mających na celu zapewnienie ochrony praw jednostek wynikających z prawa Unii, o ile, po pierwsze, zasady te nie będą mniej korzystne od zasad dotyczących podobnych środków istniejących w prawie krajowym (zasada równowagi), a po drugie, nie uczynią one wykonywania praw przyznanych przez porządek prawny Unii praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym (zasada skuteczności)”⁵³. W tym kontekście krajowe uregulowania proceduralne w związku z koniecznością zapewnienia efektywnej ochrony sądowej roszczeń wynikających z naruszenia zasady równego traktowania podlegają ocenie z perspektywy prawa UE. Zarówno KP jak i ustawa wdrożeniowa gwarantują w granicach swoich zakresów podmiotowych i przedmiotowych możliwość dochodzenia roszczeń w związku z naruszeniem zasady równego traktowania, przewidując jednocześnie właściwe terminy przedawnienia pozwalające na dochodzenie roszczeń również po ustaniu stosunków, w ramach których mogło dojść do naruszenia zakazu dyskryminacji.

9.2 Udział stowarzyszeń, organizacji lub osób prawnych w postępowaniach

Zgodnie z art. 7 ust. 2 dyrektywy 2000/43, art. 9 ust. 2 dyrektywy 2000/78, art. 8 ust. 3 dyrektywy 2004/113 oraz art. 17 ust. 2 dyrektywy 2006/54 państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia, by stowarzyszenia, organizacje lub osoby prawne, mające zgodnie z

⁵² Zob. np. wyrok TSUE z dnia 8 maja 2019 r. w sprawie C-396/17, *Martin Leitner p. Landespolizeidirektion Tirol*, ECLI:EU:C:2019:375, pkt 59-62.

⁵³ Wyrok TSUE z dnia 8 lipca 2010 r. w sprawie C-246/09, *Susanne Bulicke p. Deutsche Büro Service GmbH*, ECLI:EU:C:2010:418, pkt. 25.

kryteriami ustanowionymi w prawie krajowym uzasadniony interes w zapewnieniu przestrzegania zasady równego traktowania, mogły za zgodą osoby pokrzywdzonej wszczynać na rzecz skarżącego postępowania sądowe lub administracyjne mające na celu zapewnienie przestrzegania zasady równego traktowania lub uczestniczyć w tych postępowaniach. Przytaczane przepisy nie zobowiązują natomiast państw członkowskich do przyznania organizacjom społecznym zdolności do wszczęcia postępowania sądowego w celu doprowadzenia do przestrzegania zasady równego traktowania w interesie ogólnym, czyli gdy nie jest możliwe zidentyfikowanie indywidualnie pokrzywdzonej osoby⁵⁴.

Transpozycji wskazywanych przepisów do polskiego porządku prawnego dokonano w art. 8 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2020 poz. 1575, 1578, dalej jako KPC), zgodnie z którym „organizacje pozarządowe, których zadanie statutowe nie polega na prowadzeniu działalności gospodarczej, mogą dla ochrony praw obywateli, w wypadkach przewidzianych w ustawie, wszcząć postępowanie oraz wziąć udział w toczącym się postępowaniu”, oraz w art. 61 §1 i §2 KPC przyznającym organizacjom pozarządowym możliwość wytaczania powództwa na rzecz i za zgodą osoby fizycznej oraz uczestniczenia za jej zgodą w sprawach o „ochronę równości oraz niedyskryminacji przez bezpodstawne bezpośrednio lub pośrednio różnicowanie praw i obowiązków obywateli” (art. 61 §1 pkt 5). O ile pozytywnie w świetle analizowanych aktów prawa wtórnego należy ocenić przyznanie organizacjom możliwości zarówno wytaczania powództw jak i uczestniczenia w postępowaniu, a także odwołanie się przez polskiego ustawodawcę do zgody osoby zainteresowanej, o tyle uwagę zwraca przytaczane sformułowanie z art. 61 §1 pkt 5 KPC, które odczytywane dosłownie ogranicza ten udział do spraw związanych z bezpośrednim lub pośrednim nierównym traktowaniem. Tymczasem analiza dyrektyw w obszarze równego traktowania wyraźnie prowadzi do wniosku, że obowiązek zapewnienia udziału organizacji ma dotyczyć wszelkich postępowań zmierzających do zapewnienia przestrzegania zasady równego traktowania, a zatem nie tylko tych dotyczących bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji. W tym względzie brzmienie art. 61 §1 pkt 5 KPC rodzi ryzyko, że jego literalna wykładnia mogłaby doprowadzić do niezapewnienia realizacji celów analizowanych dyrektyw, aczkolwiek należy zauważyć, że nawet dyrektywy w analizowanym obszarze definiują nierówne

⁵⁴ Wyrok TSUE z dnia 23 kwietnia 2020 r. w sprawie C-507/18, *NH p. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, ECLI:EU:C:2020:289, pkt. 60-65.

traktowanie poprzez pryzmat bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji, jednocześnie dopuszczając istnienie innych form tegoż traktowania.

W kontekście zapewnienia udziału organizacji pozarządowych w postępowaniach o roszczenia wynikające z naruszenia zasady równego traktowania istotnym zagadnieniem z perspektywy polskiego ustawodawstwa jest kwestia kosztów sądowych ponoszonych przez te organizacje, w szczególności w wypadku wytaczania przez nie powództwa na rzecz osób nierówno traktowanych. Jak wskazuje M. Górski, na gruncie ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. 2020 poz. 755, 807, 956) w takim wypadku organizacja społeczna powinna korzystać z ustawowego podmiotowego zwolnienia od kosztów sądowych i nie powinna mieć obowiązku ich ponoszenia⁵⁵. Podnosi oni jednak, że zwolnienie to nie jest równoznaczne ze zwolnieniem organizacji społecznej od obowiązku zwrotu kosztów procesu przeciwnikowi. W takim wypadku sąd może na zasadzie słuszności zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów albo nie obciążać jej w ogóle na podstawie art. 102 KPC. Prawodawca unijny nie zawarł we właściwych przepisach szczegółowych wytycznych co do ukształtowania pozycji organizacji społecznych, ale należy stwierdzić, że art. 7 ust. 2 dyrektywy 2000/43, art. 9 ust. 2 dyrektywy 2000/78, art. 8 ust. 3 dyrektywy 2004/113 oraz art. 17 ust. 2 dyrektywy 2006/54 rodzą po stronie państw członkowskich obowiązek wprowadzenia regulacji, które zapewnią organizacjom pozarządowym możliwość efektywnego uczestnictwa w postępowaniach sądowych nie tylko formalnie, ale również w sposób rzeczywisty. Ryzyko konieczności zwrotu kosztów procesu przeciwnikowi w przypadku wytaczania powództw na rzecz osób nierówno traktowanych może tymczasem wywołać efekt mrozący poprzez zniechęcenie organizacji pozarządowych do korzystania z uprawnień przewidywanych przez wskazane wyżej akty prawa wtórnego. W wypadku zaistnienia takiego efektu należałoby stwierdzić, że ustawodawca polski nie zapewnił realizacji celów dyrektyw w obszarze równego traktowania. Jednocześnie należy zauważyć, że obowiązek zwrotu kosztów nie ma charakteru bezwzględnie, skoro sąd może odstąpić od obciążania nimi organizacji społecznej. Z tego względu stwierdzenie ewentualnego uchybienia w transponowaniu przepisów dyrektyw o uczestnictwie organizacji społecznych w postępowaniach sądowych powinno być

⁵⁵ Zob. M. Górski, *Udział organizacji pozarządowych w postępowaniach sądowych związanych z ochroną równości i zwalczaniem dyskryminacji w kontekście ponoszenia przez nie kosztów postępowania*, s. 9-10, http://ptpa.org.pl/site/assets/files/publikacje/opinie/Opinia_udzial_organizacji_pozarządowych_w_postępowaniach_sądowych.pdf [dostęp 8 grudnia 2020 r.]

poprzedzone szczegółową analizą stosowania ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz art. 102 KPC przez sądy krajowe w odniesieniu do organizacji społecznych⁵⁶.

9.3 Ochrona przed retorsjami

Art. 9 dyrektywy 2000/43, art. 11 dyrektywy 2000/78, art. 10 dyrektywy 2004/113 oraz art. 24 dyrektywy 2006/54 zobowiązują państwa członkowskie do wprowadzenia środków ochrony osób przed wszelkiego rodzaju negatywnymi skutkami w reakcji na skargę lub wszczęcie postępowania sądowego z zamiarem doprowadzenia do przestrzegania zasady równego traktowania. Ochrona przed działaniami odwetowymi jest w prawie unijnym ujęto szeroko, co potwierdził TSUE w orzeczeniu *Hakelbracht*⁵⁷, stwierdzając, że obejmuje ona nie tylko osoby nierówno traktowane, ale wszystkie osoby udzielające im wsparcia, nawet w sposób nieformalny. Wskazał, że kategoria osób korzystających z tej ochrony nie jest w żaden sposób ograniczona i obejmuje wszystkich mogących podlegać represjom w związku ze złożeniem skargi na działania noszące znamiona dyskryminacji. Uznał ponadto, że ochrona ta nie jest zależna od kryteriów formalnych, takich jak np. status świadka we właściwym postępowaniu, ale od roli, jaką osoba wspierająca może odegrać na rzecz osoby nierówno traktowanej, która to rola może skłonić np. pracodawcę do podjęcia względem nich działań odwetowych.

Transpozycji do polskiego porządku prawnego w omawianym zakresie dokonano w art. 17 ustawy wdrożeniowej oraz art. 18^{3e} KP przyznających ochronę przed jakimikolwiek negatywnymi konsekwencjami zarówno osobom korzystającym z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania jak i osobom udzielającym w jakiegokolwiek formie wsparcia korzystającemu z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania. Analiza przytoczanych przepisów skłania do uznania, że ustawodawca polski poprawnie transponował postanowienia o ochronie przed retorsjami, przyjmując szeroki katalog osób chronionych. Praktyka sądów krajowych w sprawach z zakresu prawa pracy potwierdza ponadto szerokie rozumienie samego sformułowania „skorzystanie z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania”. Zgodnie z orzecznictwem nie może być ono bowiem utożsamiane jedynie z wystąpieniem z roszczeniami przeciwko osobie naruszającej zakaz dyskryminacji, ale obejmuje wszelkie legalne działania podjęte w związku z takimi

⁵⁶ Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2016 r., sygn. akt I ACa 1522/15, LEX nr 2149609.

⁵⁷ Wyrok TSUE z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie C-404/18, *Jamina Hakelbracht i inni p. WTG Retail BVBA*, ECLI:EU:C:2019:523, pkt. 26-35.

naruszeniami⁵⁸, w tym dążenie do wyjaśnienia zarzutu nierównego traktowania⁵⁹ lub do potwierdzenie jego istnienia⁶⁰ czy wreszcie zgłoszenie takiego traktowania mającego miejsce wedle subiektywnego odczucia danej osoby⁶¹.

9.4 Ciężar dowodu

W myśl art. 8 dyrektywy 2000/43, art. 10 dyrektywy 2000/78, art. 9 dyrektywy 2004/113 oraz art. 19 dyrektywy 2006/54 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia zgodnie ze swoimi krajowymi systemami prawnymi, by osoba dochodząca roszczeń z tytułu naruszenia zasady równego traktowania była zobowiązana przedstawić/uprawdopodobnić w postępowaniu jedynie fakty pozwalające domniemywać naruszenie tej zasady i by to strona przeciwna miała obowiązek udowodnienia, że do naruszenia tego nie doszło. Dyrektywy poczyniły jednocześnie kilka zastrzeżeń do tzw. zasady przeniesionego ciężaru dowodu. Po pierwsze, państwa członkowskie mogą ustanowić korzystniejsze zasady dowodowe dla osób dochodzących roszczeń z tytułu naruszenia zasady równego traktowania (art. 8 ust. 2 dyrektywy 2000/43). Po drugie, zasada ta nie ma zastosowania do postępowań karnych (art. 8 ust. 3 dyrektywy 2000/43). Po trzecie, zasadę tę stosuje się również do postępowań wszczynanych przez organizacje społeczne (art. 8 ust. 4 dyrektywy 2000/43). Po czwarte, strona pozwana nie ma obowiązku udowodnienia, że osoba dochodząca roszczeń posiada określoną cechę osobową, np. orientację seksualną czy światopogląd (motyw 31 dyrektywy 2000/78). W orzecznictwie TSUE wyjaśniono, że z zasady przeniesionego ciężaru dowodu wynika dla osoby uważającej się za nierówno traktowaną obowiązek przedstawienia faktów, z których można domniemywać istnienie naruszenia zakazu dyskryminacji⁶². Dopiero bowiem spełnienie tego obowiązku powoduje przeniesienie ciężaru dowodu na drugą stronę, która musi udowodnić, że do rzeczonego naruszenia nie doszło. Obowiązek przedstawienia takich faktów nie oznacza jednak konieczności ich udowodnienia, gdyż zaprzeczałoby to istocie omawianej konstrukcji – wystarczające jest

⁵⁸ Postanowienie SN z dnia 4 czerwca 2019 r., sygn. akt II PK 140/18, LEX nr 2677157.

⁵⁹ Wyrok SN z dnia 26 maja 2011 r., sygn. akt II PK 304/10, LEX nr 1171209.

⁶⁰ Wyrok SN z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt I PK 12/11, LEX nr 1221049.

⁶¹ Wyrok Sądu Rejonowego w Gdyni z dnia 16 sierpnia 2019 r., sygn. akt IV P 405/18, LEX nr 2748030.

⁶² Wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2011 r. w sprawie C-104/10, *Patrick Kelly p. National University of Ireland (University College, Dublin)*, ECLI:EU:C:2011:506, pkt 30.

zatem uprawdopodobnienie istnienia faktów i dowodów wskazujących na naruszenie zasady równego traktowania⁶³.

Do polskiego porządku prawnego zasadę przeniesionego ciężaru dowodu transponowano w art. 14 ust. 2-3 ustawy wdrożeniowej oraz art. 18^{3b} §1 KP. Ustawa wdrożeniowa wyraźniej określa elementy analizowanej konstrukcji, wskazując, że „kto narusza zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia”, a „w przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia”. Kodeks pracy posługuje się mniej precyzyjnym sformułowaniem, wymieniając przykłady naruszenia zasady równego traktowania, a następnie dodając zastrzeżenie „chyba że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami”. Pomimo lakoniczności i nieprecyzyjności postanowień KP nie ulega jednak wątpliwości, że również on wprowadza zasadę przeniesionego ciężaru dowodu. W tym aspekcie polski ustawodawca dokonał prawidłowej transpozycji przywoływanych przepisów dyrektyw do krajowego porządku prawnego.

Również w praktyce sądów krajowych zasada przeniesionego ciężaru zdaje się ugruntowana i wykładana w zgodzie z prawem unijnym, skoro sądy interpretują tę zasadę jako ciężący na stronie powodowej obowiązek wskazania lub przytoczenia faktów uprawdopodobniających zarzut nierównego traktowania⁶⁴. Niemniej odnotowano w orzecznictwie polskich sądów, że zasada ta bywa błędnie interpretowana jako obejmująca obowiązek wykazania przez stronę powodową nierównego traktowania, a nakładająca na stronę pozwaną ewentualnie jedynie obowiązek udowodnienia, że różnicowanie przez nią sytuacji pracowników wynikało z kierowania się obiektywnymi powodami⁶⁵. Interpretacja ta wynika zapewne z sygnalizowanej już nieprecyzyjności art. 18^{3b} §1 KP, którego literalna wykładnia faktycznie sugeruje, jakoby przeniesienie ciężaru dowodu dotyczyło wyłącznie obiektywności zróżnicowania. Wykładnia ta

⁶³ Wyrok TSUE z dnia 19 października 2017 r. w sprawie C-531/15, *Elda Otera Ramos p. Servicio Galego de Saúde, Instituto Nacional de la Seguridad (INSS)*, ECLI:EU:C:2017:789, pkt 68-70.

⁶⁴ Zob. np. wyrok SN z dnia 7 marca 2012 r., sygn. akt II PK 161/11, LEX nr 1271591; wyrok SN z dnia 22 maja 2012 r., sygn. akt II PK 245/11, LEX nr 1297783; wyrok SN z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt II PK 82/12, LEX nr 1365774; wyrok SA w Szczecinie z dnia 27 września 2017 r., sygn. akt III APa 4/16, LEX nr 2441520; wyrok SN z dnia 7 listopada 2018 r., sygn. akt II PK 229/17, LEX nr 2574436; wyrok SN z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt I PK 54/17, LEX nr 2486202.

⁶⁵ Zob. wyrok SN z dnia 24 maja 2007 r., sygn. II PK 308/06, LEX nr 898856; postanowienie SN z dnia 7 stycznia 2014 r., sygn. akt II PK 218/13, LEX nr 1647003; wyrok SN z dnia 29 sierpnia 2017 r., sygn. akt I PK 268/16, LEX nr 2389580.

jednak jest oczywiście błędna w świetle przepisów unijnych, które art. 18^{3b} §1 KP implementuje do polskiego porządku prawnego. Stwierdzić jednak należy przede wszystkim na podstawie analizy orzecznictwa SN, że wykładnia ta stosowana jest w pojedynczych przypadkach, natomiast w ujęciu systemowym przeważa wykładnia zgodna z prawem unijnym.

Jednocześnie należy zauważyć, że w orzecznictwie polskich sądów podnosi się, iż z zasady przeniesionego ciężaru dowodu wynika również obowiązek uprawdopodobnienia, że nierówne traktowanie podyktowane było zabronionym kryterium, co oznacza obowiązek wskazania cechy mającej być podstawą nierównego traktowania⁶⁶. Wymóg ten wydaje się zgodny zarówno z postanowieniami właściwych aktów prawa wtórnego jak i z interpretacją prezentowaną przez TSUE. Jeśli bowiem należy przedstawić fakty uprawdopodobniające istnienie nierównego traktowania, należy wskazać również pewną cechę, która stała się domniemaną podstawą tego traktowania i która jest jego koniecznym elementem definicyjnym. Niewłaściwa byłaby natomiast interpretacja jakoby konieczne było uprawdopodobnienie lub udowodnienie posiadania określonej cechy. Po pierwsze, analiza dyrektyw w obszarze równego traktowania wskazuje, że motywacja określonego działania daną cechą osobistą, a nie faktyczne posiadanie tej cechy, jest istotna dla możliwości stwierdzenia nierównego traktowania. Po drugie, w świetle orzeczenia TSUE w sprawie *Asociatia Accept* ewentualny wymóg uprawdopodobnienia, a tym bardziej wymóg udowodnienia posiadania określonej cechy osobistej byłyby sprzeczne z prawem UE⁶⁷.

9.5 Sankcje

W myśl art. 15 dyrektywy 2000/43, art. 17 dyrektywy 2000/78, art. 14 dyrektywy 2004/113 oraz art. 25 dyrektywy 2006/54 państwa członkowskie ustalają samodzielnie zasady stosowania sankcji za naruszenie zasady równego traktowania, przy czym prawodawca unijny wprowadza obowiązek, by sankcje te, mogące przybrać formę odszkodowania, były skuteczne, proporcjonalne i odstraszające/dolegliwe. Należy również zauważyć, że art. 8 ust. 2 dyrektywy 2004/113 oraz art. 18 dyrektywy 2006/54 odrębnie od wprowadzenia sankcji przewidują obowiązek

⁶⁶ Zob. np. wyrok SN z dnia 24 maja 2007 r., sygn. akt II PK 308/06, LEX nr 898856; wyrok SN z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt II PK 82/12, LEX nr 1365774; wyrok SN z dnia 8 grudnia 2015 r., sygn. akt I PK 339/14, LEX nr 2023155; wyrok SA w Szczecinie z dnia 29 stycznia 2016 r., sygn. akt III APa 12/15, LEX nr 2032423; wyrok SN z dnia 9 marca 2016 r., sygn. akt I PK 91/15, LEX nr 2021222; wyrok SN z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. akt II PK 345/16, LEX nr 2488644; wyrok SN z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt I PK 54/17, LEX nr 2486202.

⁶⁷ Wyrok TSUE z dnia 25 kwietnia 2013 r. w sprawie C-81/12, *Asociația Accept p. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, ECLI:EU:C:2013:275, pkt 59.

wprowadzenia do krajowych porządków prawnych środków niezbędnych do zapewnienia rzeczywistej i skutecznej rekompensaty lub odszkodowania dla osób poszkodowanych w wyniku nierównego traktowania z zachowaniem charakteru odstrasżającego i proporcjonalnego do poniesionej szkody. Rozróżnienie pomiędzy art. 8 ust. 2 i art. 14 dyrektywy 2004/113 oraz art. 18 i art. 25 dyrektywy 2006/54 ma istotne znaczenie. Jak bowiem wskazał TSUE „art. 18 dyrektywy 2006/54 nakłada na państwa członkowskie, które wybrały wprowadzenie formy pieniężnej do swojego krajowego porządku prawnego, środki przewidujące zapłatę poszkodowanemu odszkodowania pokrywającego w pełni doznaną szkodę, zgodnie z określonymi przez te państwa szczegółowymi zasadami, lecz nie przewiduje zapłaty odszkodowania o charakterze sankcji”⁶⁸. Jednak o ile art. 18 dyrektywy 2006/54 ma na celu nałożenie wymogu naprawienia szkody doznanej przez osobę, o tyle z brzmienia art. 25 tej dyrektywy wynika, że przepis ten przyznaje państwom członkowskim możliwość przyjęcia środków mających na celu sankcjonowanie dyskryminacji ze względu na płeć w formie odszkodowania przyznawanego poszkodowanemu”⁶⁹. Analiza wskazywanych przepisów dyrektyw oraz orzecznictwa TSUE prowadzi do wniosku, że państwa członkowskie są zatem zobowiązane do wprowadzenia sankcji za naruszenie zasady równego traktowania, które to sankcje mogą, ale nie muszą przybrać formy pieniężnej⁷⁰. Jeśli jednak przybierają formę pieniężną, muszą spełniać wyżej określone kryteria, a do wewnętrznego porządku prawnego państwa członkowskiego należy określenie kryteriów pozwalających określić zakres sankcji w takiej formie⁷¹.

Implementując postanowienia odnoszące się do sankcji, polski ustawodawca przewidział odpowiedzialność odszkodowawczą. Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy wdrożeniowej osoba, wobec której naruszono zasadę równego traktowania, ma prawo do odszkodowania. Podobnie art. 18^{3d} KP przewiduje prawo do odszkodowania, zaznaczając jednocześnie, że nie może być ono w wysokości niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. W orzecznictwie polskich sądów uznaje się, że roszczenie odszkodowawcze za naruszenie równego traktowania obejmuje

⁶⁸ Wyrok TSUE z dnia 17 grudnia 2015 r. w sprawie C-407/14, *María Auxiliadora Arjona Camacho p. Securitas Seguridad España SA*, ECLI:EU:C:2015:831, pkt 37.

⁶⁹ *Ibidem*, pkt. 39.

⁷⁰ Zob. np. wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397, pkt 39; wyrok TSUE z dnia 25 kwietnia 2013 r. w sprawie C-81/12, *Asociația Accept p. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, ECLI:EU:C:2013:275, pkt 66-73.

⁷¹ Wyrok TSUE z dnia 17 grudnia 2015 r. w sprawie C-407/14, *María Auxiliadora Arjona Camacho p. Securitas Seguridad España SA*, ECLI:EU:C:2015:831, pkt 44.

naprawienie szkody zarówno materialnej jak i niematerialnej, jak również ma mieć charakter odstraszający⁷². Jak wskazał SN w swoim wyroku z dnia 9 maja 2019 r.⁷³, zasądzone na podstawie art. 18^{3d} KP odszkodowanie „powinno być skuteczne (w pełni rekompensować doznane przez pracownika krzywdę i cierpienie wyrządzone naruszeniem tej zasady przez pracodawcę), proporcjonalne do doznanej przez pracownika krzywdy oraz dolegliwe dla pracodawcy i zarazem odstraszające go od naruszania zasady równego traktowania w zatrudnieniu”, a warunek odstraszającego charakteru spełnia, gdy jest „zasądzone w wysokości w pełni pokrywającej doznaną krzywdę”⁷⁴. SN zauważył jednak w tym samym orzeczeniu, że nie można art. 18^{3d} KP interpretować „w ten sposób, że zadośćuczynienie w nim przewidziane jest swoistą karą dla pracodawcy za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu i że przepis ten upoważnia do zasądzenia zadośćuczynienia w wysokości przekraczającej rozmiar doznanej krzywdy”⁷⁵.

Tymczasem analiza polskich przepisów z obszaru równego traktowania prowadzi do wniosku, że polski ustawodawca nie zdecydował się w istocie na wprowadzenie innych sankcji za naruszenie zakazu dyskryminacji niż odszkodowanie określone w art. 13 ust. 1 ustawy wdrożeniowej i art. 18^{3d} KP. Oznacza to zarazem, że odszkodowania tego nie należy interpretować wyłącznie w świetle art. 8 ust. 2 dyrektywy 2004/113 oraz art. 18 dyrektywy 2006/54, ale należy je również traktować jako sankcję w rozumieniu art. 15 dyrektywy 2000/43, art. 17 dyrektywy 2000/78, art. 14 dyrektywy 2004/113 oraz art. 25 dyrektywy 2006/54. Z tego względu odszkodowanie określone w przepisach krajowych musi nie tylko mieć charakter odstraszający i proporcjonalny do poniesionej szkody jako rekompensata lub odszkodowanie, ale musi też być skuteczną, proporcjonalną i odstraszającą/dolegliwą sankcją. Analiza orzecznictwa polskich sądów wskazuje tymczasem raczej na dokonywanie wykładni odstraszającego charakteru w myśl art. 8 ust. 2 dyrektywy 2004/113 oraz art. 18 dyrektywy 2006/54. Jednocześnie pojawiają się orzeczenia odmawiające wprost analizowanemu roszczeniu charakteru sankcyjnego, jak chociażby przytaczany powyżej wyrok SN z dnia 9 maja 2019 r.⁷⁶. W uchwale podjętej

⁷² Zob. np. wyrok SN z dnia 7 stycznia 2009 r., sygn. akt III PK 43/08, LEX nr 584928; wyrok SN z dnia 10 lipca 2014 r., sygn. akt II PK 256/13; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt III APa 33/16, LEX nr 2282389.

⁷³ Wyrok SN z dnia 9 maja 2019 r., sygn. akt III PK 50/18, LEX nr 2692145.

⁷⁴ Pod. wyrok SO w Legnicy z dnia 28 listopada 2019 r., sygn. akt V Pa 77/19, LEX nr 2785700.

⁷⁵ Pod. wyrok SN z dnia 10 lipca 2014 r., sygn. akt II PK 256/13, LEX nr 1515454.

⁷⁶ Aczkolwiek należy odnotować, że w niektórych orzeczeniach polskie sądy przyznają roszczeniu odszkodowawczemu charakter sankcyjny, jednocześnie jednak stwierdzając, że jego celem nie jest wyrównanie szkody

w składzie 7 sędziów z dnia 28 września 2016 r. SN stwierdził z kolei, że odpowiedzialność odszkodowawcza na podstawie art. 18^{3d} KP „nie musi (...) samodzielnie spełniać celów, jakie art. 25 dyrektywy 2006/54/WE przypisuje odszkodowaniu jako sankcji” w związku z istnieniem innych form sankcyjnych, chociażby odpowiedzialności karnej na podstawie art. 123 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz art. 218 §1 Kodeksu karnego⁷⁷. Pogląd wyrażony przez SN w przytaczanej uchwale należy ocenić krytycznie przede wszystkim z uwagi na ograniczony zakres zastosowania wskazywanych środków alternatywnych wobec roszczenia odszkodowawczego. Pierwszy z nich dotyczy bowiem wyłącznie odmowy zatrudnienia, natomiast drugi z uwagi na określenie uporczywości jako znamienia czynu zabronionego znajduje zastosowanie wyłącznie do długotrwałych działań, przy których sprawcy można przypisać złą wolę⁷⁸. Tymczasem oczywistym jest, że nierówne traktowanie nie wyczerpuje się wyłącznie w działaniach dotyczących rekrutacji czy noszących znamiona uporczywości. Oznacza to, że roszczenie z art. 18^{3d} KP pozostaje w istocie jedyną rzeczywistą formą odpowiedzialności za naruszenie zasady równego traktowania, a zatem musi być rozumiane jako sankcja w znaczeniu właściwych przepisów prawa wtórnego. Należy również nadmienić, że prezentowane przez SN środki alternatywne z uwagi na ich zakres zastosowania nie znajdują zastosowania poza sferą zatrudnienia pracowniczego, gdzie roszczenie odszkodowawcze z art. 13 ust. 1 ustawy wdrożeniowej pozostaje w istocie jedyną sankcją za naruszenie zasady równego traktowania.

Z tego względu należy uznać, nie podziеляjąc przytaczanych poglądów SN, że w tym zakresie polski ustawodawca nie dokonał poprawnej transpozycji zapewniającej realizację celów wskazywanych przepisów poprzez niezapewnienie skutecznych, proporcjonalnych i odstraszących sankcji za naruszenie zakazu dyskryminacji. W polskim systemie prawnym występują zresztą obecnie pewne systemowe przeszkody dla realizacji sankcyjnego celu roszczenia odszkodowawczego z art. 13 ust. 1 ustawy wdrożeniowej i art. 18^{3d} KP. Po pierwsze, z uwagi na zakaz orzekania ponad żądanie⁷⁹, osoba dochodząca roszczenia odszkodowawczego w momencie wytoczenia powództwa zobowiązana jest określić nie tylko zakres roszczenia co do

poniesionej w następstwie naruszenia równego traktowania; zob. np. wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2008 r., sygn. akt II PK 286/07, LEX nr 511691 oraz wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt III APa 33/16, LEX nr 2282389.

⁷⁷ Uchwała SN 7 sędziów z dnia 28 września 2016 r., sygn. akt III PZP3/16, LEX nr 2113359.

⁷⁸ Zob. np. wyrok SN z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. WA 18/16, LEX nr 2203539.

⁷⁹ Zob. np. wyrok SN z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. akt II PK 37/17, LEX nr 2509625.

naprawienia szkody majątkowej i niemajątkowej, ale również element sankcyjny. Po drugie, ciężar dowodu w zakresie wysokości odszkodowania za naruszenie zasady równego traktowania obciąża osobę dochodzącą roszczeń⁸⁰, co może powodować pewne trudności w odniesieniu do elementu sankcyjnego.

Pewne elementy reżimu odpowiedzialności należy jednak ocenić pozytywnie w świetle unijnego standardu. Po pierwsze, na aprobatę zasługuje wyrażany w orzecznictwie pogląd o uniezależnieniu wskazywanego roszczenia w przypadku dyskryminacyjnego wypowiedzenia umowy o pracę od dochodzenia roszczeń z tytułu wadliwości tegoż wypowiedzenia⁸¹. Wykładnia właściwych przepisów prawa wtórnego prowadzi bowiem do wniosku, że o ile państwo członkowskie może samodzielnie określić zasady dochodzenia roszczeń z tytułu nierównego traktowania, o tyle dla zapewnienia ich skuteczności nie powinno uzależnić tegoż dochodzenia od innych roszczeń przewidzianych prawem krajowym. Po drugie, sąd pracy może, zastępując nieważne postanowienia aktu będącego źródłem stosunku pracy postanowieniami zgodnymi z zasadą równego traktowania, ukształtować na przyszłość treść takiego stosunku⁸², co jest istotne z punktu widzenia zapobieżenia kontynuacji nierównego traktowania. Te dwa aspekty nie zmieniają jednak negatywnej oceny co do transponowania do krajowego porządku prawnego art. 15 dyrektywy 2000/43, art. 17 dyrektywy 2000/78, art. 14 dyrektywy 2004/113 oraz art. 25 dyrektywy 2006/54.

10. Rozpowszechnianie informacji

Art. 10 dyrektywy 2000/43, art. 12 dyrektywy 2000/78, art. 15 dyrektywy 2004/113 oraz art. 30 dyrektywy 2006/54 nakładają na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, by przepisy zapewniające przestrzeganie zasady równego traktowania były udostępniane zainteresowanym osobom, na przykład w miejscu pracy, przy wykorzystaniu wszelkich stosownych środków. Pozytywnie w świetle tego obowiązku należy ocenić art. 94¹ KP, zgodnie z którym „pracodawca udostępnia pracownikom tekst przepisów dotyczących równego traktowania w zatrudnieniu w formie pisemnej informacji rozpowszechnionej na terenie zakładu pracy lub zapewnia pracownikom dostęp do tych przepisów w inny sposób przyjęty u danego pracodawcy”. Jednocześnie jednak należy zwrócić uwagę, że w polskim ustawodawstwie tożsamy

⁸⁰ Zob. np. wyrok SN z dnia 7 stycznia 2009 r., sygn. akt III PK 43/08, LEX nr 584928.

⁸¹ Uchwała SN 7 sędziów z dnia 28 września 2016 r., sygn. akt III PZP 3/16, LEX nr 2113359.

⁸² Zob. np. wyrok SN z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt II PK 197/11, LEX nr 1216857; wyrok SN z dnia 10 maja 2012 r., sygn. akt II PK 227/11, LEX nr 1313660;

obowiązek nie istnieje w odniesieniu do innych elementów zakresu przedmiotowego przepisów antydyskryminacyjnych, nawet w przypadku bardziej ustrukturyzowanych relacji takich jak te w obszarze edukacji, opieki zdrowotnej czy zatrudnienia niepracowniczego. Przynajmniej w ostatnim ze wskazywanych obszarów postulowane byłoby wprowadzenie obowiązku tożsamościowego do tego ujętego w art. 94¹ KP celem zapewnienia podobnego dostępu do informacji niezależnie od podstawy wykonywania działalności zawodowej. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że wskazywane wyżej przepisy dyrektyw można odczytywać jako zobowiązujące państwa członkowskie do podejmowania pewnych działań na rzecz podnoszenia świadomości o przepisach mających zapewnić ochronę przed nierównym traktowaniem. Po pierwsze, można uznać, że celem omawianych przepisów jest zapewnienie możliwie wysokiej świadomości społecznej w tym zakresie. Po drugie, posługują się one sformułowaniem o udostępnianiu „z wykorzystaniem wszelkich właściwych środków”, co oznacza, że realizacja wskazywanego celu nie wyczerpuje się poprzez publikację właściwych przepisów w dziennikach urzędowych państw członkowskich. Z tego względu należy zatem stwierdzić, że jeśli badania społeczne wskazywałyby na niski poziom świadomości społecznej w omawianym zakresie, należałoby rozważyć postawienie zarzutu nieprawidłowej implementacji wskazywanych postanowień aktów prawa wtórnego poprzez niezapewnienie efektywnej realizacji ich celu.

10.1 Dialog społeczny oraz dialog z organizacjami społecznymi

Art. 11 dyrektywy 2000/43, art. 13 dyrektywy 2000/78, art. 11 dyrektywy 2004/113 oraz art. 21 dyrektywy 2006/54 zobowiązują państwa członkowskie do podejmowania, zgodnie ze swoją tradycją i krajową praktyką, działań wspierających dialog między partnerami społecznymi lub zainteresowanymi stronami mającymi interes prawny w przyczynianiu się do zwalczania dyskryminacji w celu wspierania równego traktowania, włącznie ze sprawowaniem nadzoru w miejscu pracy, poprzez układy zbiorowe, kodeksy postępowania oraz badanie lub wymianę doświadczeń i dobrych zwyczajów. Ponadto, zgodnie z art. 12 dyrektywy 2000/43, art. 14 dyrektywy 2000/78 oraz art. 22 dyrektywy 2006/54 państwa członkowskie w celu wspierania zasady równego traktowania zachęcają do prowadzenia dialogu z właściwymi organizacjami pozarządowymi mającymi, zgodnie z krajową praktyką i ustawodawstwem, uzasadniony interes w zwalczaniu dyskryminacji. Analiza ustawodawstwa polskiego wskazuje, że istnieją możliwości prowadzenia takiego dialogu na podstawie art. 21 ust. 2 pkt 7 ustawy wdrożeniowej zobowiązującego Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania do współpracy z krajowymi organizacjami społecznymi, w tym ze związkami zawodowymi i organizacjami pracodawców, a także art. 17a ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich nakładającego tożsamy obowiązek.

Jednocześnie jednak ramy te wydają się niewystarczające z perspektywy celu omawianych regulacji unijnych i ciężącego na państwach członkowskich obowiązku podjęcia odpowiednich środków wspierających dialog społeczny. Niewystarczające wydają się chociażby środki dotyczące dialogu pomiędzy przedstawicielami pracodawców i pracowników, skoro nie wprowadzono, jak się zdaje, żadnych utrwalonych form tego dialogu ani form jego wspierania. W dialog ten mogłaby tymczasem być zaangażowana Rada Dialogu Społecznego jako forma trójstronnej współpracy pomiędzy osobami wykonującymi pracę zarobkową, pracodawcami i rządem, czy też Państwowa Inspekcja Pracy jako organ mający za zadanie sprawowanie nadzoru nad przestrzeganiem prawa pracy. Należałoby wprowadzić również odpowiednie formy dialogu społecznego w innych niż zatrudnienie obszarach życia objętych zakresem analizowanych dyrektyw, takich jak chociażby edukacja czy dostęp do dóbr i usług – w obecnym stanie trudno tymczasem zidentyfikować fora takiego dialogu. Z tego względu można by wysnuć wniosek, że nie podjęto wystarczających działań celem efektywnej realizacji obowiązku wspierania dialogu społecznego. Należy również zaznaczyć, że ocena systematyczności oraz jakości prowadzonego dialogu w obecnych ramach wykracza poza kryteria prawne.

10.2 Organy wspierające równe traktowanie

Na mocy art. 13 dyrektywy 2000/43, art. 12 dyrektywy 2004/113 oraz art. 20 dyrektywy 2006/54 państwa członkowskie są zobowiązane do wyznaczenia organu lub organów mających wspierać, promować, analizować i monitorować równe traktowanie, które to organy mogą wchodzić w skład tych zajmujących się już w skali kraju ochroną praw człowieka. Organy ds. równego traktowania muszą posiadać kompetencje do świadczenia niezależnej pomocy ofiarom dyskryminacji we wnoszeniu skarg dotyczących dyskryminacji, do prowadzenia niezależnych badań nad dyskryminacją oraz do publikowania niezależnych sprawozdań i wydawania zaleceń na temat wszystkich problemów związanych z nierównym traktowaniem. Szczególne znaczenie dla ochrony jednostek przed nierównym traktowaniem ma w szczególności kompetencja do świadczenia niezależnej pomocy ofiarom dyskryminacji we wnoszeniu skarg dotyczących dyskryminacji, która to kompetencja ma być wykonywana bez uszczerbku dla praw osób pokrzywdzonych oraz organizacji społecznych. Powyższe przepisy należy wobec tego interpretować jako nakładające na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, by właściwe organy wskazane w krajowych porządkach prawnych w każdym wypadku potencjalnego nierównego traktowania w zakresie objętym postanowieniami dyrektyw udzielały pomocy prawnej. Pojawia się oczywiście pytanie o zakres tej pomocy. Po pierwsze, motyw 24 dyrektywy 2000/43 oraz motyw 25 dyrektywy 2004/113 określają ją mianem konkretnej. Po drugie,

przycyżane wyżej przepisy mówią o pomocy we wnoszeniu skarg. Te dwa czynniki sprawiają, że świadczona pomoc w świetle celu dyrektyw musi wykraczać poza pewne minimum, którym byłoby np. ogólnikowe wskazanie przysługujących środków prawnych. Konkretna pomoc prawna we wnoszeniu skargi powinna bowiem obejmować nie tylko dokonanie analizy prawnej i wskazanie przysługujących środków prawnych, ale również bardziej sprecyzowaną pomoc we wniesieniu skargi (np. poprzez pomoc w jej skonstruowaniu). Wskazuje na to zresztą zalecenie Komisji Europejskiej w sprawie norm dotyczących organów ds. równości (2018/951)⁸³. Stwierdzono w nim bowiem (pkt 1.1.2), że „Państwa członkowskie powinny uwzględnić następujące aspekty udzielania ofiarom niezależnej pomocy: otrzymywanie i rozpatrywanie indywidualnych lub zbiorowych skarg; zapewnianie ofiarom porad prawnych, w tym w związku z rozpatrywaniem ich skarg; podejmowanie działań w zakresie mediacji i postępowania pojednawczego; reprezentowanie skarżących przed sądem; oraz działanie w stosownych przypadkach jako *amicus curiae* lub biegły”. Zalecenie jest oczywiście aktem prawa miękkiego, ale wobec dokonanej wyżej analizy należy uznać, że oddaje ono istotę omawianych przepisów i powinno być uwzględniane przy ich wykładni.

W art. 18 ustawy wdrożeniowej wyznaczono dwa organy mające wykonywać zadania dotyczące realizacji zasady równego traktowania, tj. Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania. Zapewnienie szeregu gwarancji formalnych mających chronić niezależność Rzecznika sprawia, że spełnia on z pewnością w tym aspekcie warunek niezależności wynikający z unijnego standardu ochrony przed nierównym traktowaniem. Istotne jest jednak, że standard ten nie wyczerpuje się jedynie poprzez gwarancje formalne. Dla niezależności organów ds. równego traktowania istotne są również inne aspekty, takie jak np. zapewnienie właściwego poziomu finansowania umożliwiającego realizację zadań wynikających ze wskazywanych wyżej aktów prawa wtórnego, a także współdziałanie innych organów państwowych w zakresie koniecznym do realizacji tych zadań. Wskazuje na to zresztą przycyżane już zalecenie 2018/951. Po pierwsze, mówi się w nim o konieczności zapewnienia, aby krajowy organ ds. równości „miał zapewnione zasoby ludzkie, techniczne i finansowe, pomieszczenia i infrastrukturę niezbędne do skutecznego wykonywania swoich zadań i uprawnień.” (pkt 1.2.2). Wskazuje się także, że wielkość tych zasobów, również finansowych, musi uwzględniać przyznane kompetencje, a może być uznana za adekwatną tylko, jeśli pozwala krajowemu organowi ds. równości na „skuteczne wykonywanie powierzonych im funkcji w

⁸³ Dz. Urz. UE 4.7.2018, L 167/28.

kwestiach dotyczących równości w rozsądnym czasie i w terminach określonych w prawie krajowym”. Po drugie, podnosi się wagę zapewnienia, aby „organy publiczne w jak najszerszym zakresie uwzględniały zalecenia organów ds. równości dotyczące prawodawstwa, polityki, procedur, programów i praktyki” (pkt 1.1.2). Jeśli zatem szczegółowa analiza zasobów dedykowanych wykonywaniu zadań z zakresu równego traktowania czy współpracy z innymi organami administracji publicznej wykazałaby istotne uchybienia w tym zakresie, należałoby stwierdzić błąd w transpozycji wskazywanych wyżej aktów prawa wtórnego poprzez niezapewnienie efektywnej realizacji ich celów.

Istotne z punktu widzenia dokonywanej analizy jest również przeanalizowanie kompetencji Rzecznika jako krajowego organu ds. równości. Zgodnie art. 17b ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich przysługują mu kompetencje dotyczące analizowania, monitorowania i wspierania równego traktowania wszystkich osób, prowadzenia niezależnych badań dotyczących dyskryminacji oraz opracowywania i wydawania niezależnych sprawozdań i wydawania zaleceń odnośnie do problemów związanych z dyskryminacją. O ile kompetencje te nie budzą zastrzeżeń z punktu widzenia właściwych przepisów prawa UE, o tyle pojawiają się wątpliwości dotyczące zrealizowania przez polskiego ustawodawcę obowiązku implementacyjnego w odniesieniu do zapewnienia Rzecznikowi kompetencji do świadczenia niezależnej pomocy ofiarom dyskryminacji we wnoszeniu skarg dotyczących dyskryminacji. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich w zakresie realizacji zasady równego traktowania między podmiotami prywatnymi Rzecznik może poprzestać na wskazaniu wnioskodawcy przysługujących mu środków działania. Jest to, jak się zdaje, konsekwencja art. 80 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wyznaczającego pozycję ustrojową Rzecznika jako organu mającego działać na rzecz przestrzegania praw i wolności w relacjach wertykalnych, a nie horyzontalnych. W świetle poczynionych wyżej uwag dotyczących świadczenia pomocy prawnej należy uznać, że tak wąskie określenie kompetencji do świadczenia niezależnej pomocy jest niezgodne z zakresem wynikającym z przytaczanych wyżej aktów prawa wtórnego. W związku z tym należy uznać, że polski ustawodawca dokonał nieprawidłowej transpozycji art. 13 dyrektywy 2000/43, art. 12 dyrektywy 2004/113 oraz art. 20 dyrektywy 2006/54 poprzez niezapewnienie krajowemu organowi ds. równego traktowania kompetencji do świadczenia niezależnej pomocy ofiarom dyskryminacji we wnoszeniu skarg dotyczących dyskryminacji.

Pełnomocnik Rządu ma z kolei realizować politykę rządu w zakresie zasady równego traktowania. Z uwagi na pozycję ustrojową Pełnomocnika oraz fakt, że właściwe dyrektywy nie przewidują obowiązku ustanowienia organu koordynującego politykę rządu w tym zakresie,

umocowania Pełnomocnika nie należy rozpatrywać pod kątem prawidłowości implementacji do polskiego porządku krajowego dyrektyw z obszaru równego traktowania.

11. Korzystanie z praw pracowników w kontekście swobodnego przepływu pracowników

W ustawie wdrożeniowej dokonano również transpozycji do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2014/54 w zakresie równego traktowania bez względu na obywatelstwo osób korzystających ze swobodnego przepływu pracowników w odniesieniu do przysługujących im praw określonych w art. 45 TFUE oraz rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 492/2011 z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Unii. Należy zwrócić uwagę, że ustawa wdrożeniowa nie posługuje się pojęciem obywatelstwa lecz narodowości w określaniu swojego zakres przedmiotowego, jednak jej art. 1 ust. 2 wyraźnie stwierdza, iż „przepisy ustawy odnoszące się do narodowości stosuje się odpowiednio do obywatelstwa osób korzystających ze swobodnego przepływu pracowników w zakresie określonym w art. 1–10” wyżej przywoływanego rozporządzenia. Art. 2 ust. 2 dyrektywy 2014/54 stanowi z kolei, że jej zakres zastosowania „jest identyczny z zakresem stosowania rozporządzenia (UE) nr 492/2011”. Z tego względu należy uznać, wzięwszy pod uwagę również treść analizowanego wcześniej art. 5 pkt 9 ustawy wdrożeniowej, że w odniesieniu do zakresu podmiotowego dokonano prawidłowej implementacji.

Zakres przedmiotowy dyrektywy 2014/54 obejmuje, zgodnie z jej art. 2 ust. 1, dostęp do zatrudnienia; warunki zatrudnienia i pracy, w szczególności w odniesieniu do wynagrodzenia, zwolnienia, bezpieczeństwa i higieny pracy oraz, w przypadku utraty pracy, powrotu do pracy lub ponownego zatrudnienia; dostęp do przywilejów socjalnych i podatkowych; członkostwo w związkach zawodowych i prawo udziału w wyborach do organów reprezentujących pracowników; dostęp do szkoleń; dostęp do zasobów mieszkaniowych; dostęp do kształcenia, nauki zawodu oraz szkolenia zawodowego dla dzieci pracowników unijnych; pomoc udzielaną przez urzędy pracy. Zakres ten został odzwierciedlony w art. 6-8 ustawy wdrożeniowej za wyjątkiem dostępu do przywilejów podatkowych, których określenie jest przedmiotem właściwych ustaw podatkowych.

Dyrektywa 2014/54 przewiduje poza tym w art. 3 zapewnienie właściwej ochrony praw przysługujących osobom korzystającym ze swobodnego przepływu pracowników. W świetle poczynionej już analizy należy stwierdzić, co następuje. Po pierwsze, ustawodawca polski zapewnił dostęp do procedur sądowych umożliwiających pracownikom unijnym oraz ich

rodzinom ochronę ich praw w przypadku nierównego traktowania, zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2014/54. Po drugie, organizacje, które zgodnie z kryteriami ustanowionymi w prawie polskim mają uzasadniony interes w zapewnieniu przestrzegania dyrektywy 2014/54, mogą uczestniczyć w postępowaniach o roszczenia z tytułu nierównego traktowania ze względu na obywatelstwo, zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2014/54. Po trzecie, ustawodawca polski zapewnił ochronę przed tzw. działaniami odwetowymi, o których mowa w art. 3 ust. 6 dyrektywy 2014/54.

Analizowana dyrektywa zobowiązuje również w art. 4 państwa członkowskie do wyznaczenia organów mających promować, analizować, monitorować oraz wspierać równe traktowanie pracowników unijnych i członków ich rodzin bez dyskryminacji ze względu na obywatelstwo. Kompetencje tych organów, w myśl art. 4 ust. 2, mają obejmować (a) dostarczanie lub zapewnianie niezależnego poradnictwa prawnego lub innej pomocy pracownikom unijnym i członkom ich rodzin, (b) pełnienie roli punktów kontaktowych dla równoważnych punktów kontaktowych w innych państwach członkowskich, (c) przeprowadzanie lub zlecanie niezależnych sondaży i analiz we właściwym zakresie, (d) zapewnienie publikacji niezależnych sprawozdań i wydawanie zaleceń w odniesieniu do przeszkód w korzystaniu z uprawnień przysługujących pracownikom unijnym i członkom ich rodzin, a także (e) publikowanie stosownych informacji o stosowaniu na poziomie krajowym przepisów prawa unijnego w dziedzinie swobodnego przepływu pracowników. Ustawodawca polski zdecydował się na rozdzielenie tych kompetencji pomiędzy kilka organów. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 7a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy minister właściwy do spraw pracy wykonuje kompetencje wymienione wyżej w punktach b-e. Z kolei zgodnie z art. 10 ust. 1 pkt 14a ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (t.j. Dz.U. 2019 poz. 1251) do zadań inspekcji należy wykonywanie kompetencji określonych w punkcie a. W tym celu przyznano inspekcji prawo do występowania do organów administracji o udzielenie informacji niezbędnych do zapewnienia poradnictwa, a także zobowiązano ją do współdziałania z innymi organami i organizacjami. Poza tym, zgodnie z art. 18 ustawy wdrożeniowej, jak już wskazywano wyżej, wykonywanie zadań dotyczących realizacji zasady równego traktowania powierzono Rzecznikowi Praw Obywatelskich oraz Pełnomocnikowi Rządu ds. Równego Traktowania. Wątpliwości w tym zakresie może jednak budzić niezależność⁸⁴

⁸⁴ Zob. sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego na temat wdrożenia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/54/UE z dnia 16 kwietnia 2014

Państwowej Inspekcji Pracy, w związku z ukształtowaniem jej pozycji i powoływania jej organów, która to niezależność powinna przynależeć organowi wyznaczonemu do zapewniania niezależnego poradnictwa prawnego lub innej pomocy pracownikom unijnymi członkom ich rodzin. Brak tej niezależności może stanowić zatem zarzut niepoprawnego transponowania do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2014/54. Należy jednocześnie nadmienić, że w świetle uwag poczynionych powyżej w odniesieniu do kompetencji Rzecznika Praw Obywatelskich, ograniczonych w stosunku do relacji pomiędzy podmiotami prywatnymi, powierzenie jemu zadań z omawianego zakresu również nie spełniało by wymogów ustanowionych dyrektywą 2014/54. Oznacza to, że ustawodawca polski celem poprawnego implementowania jej przepisów powinien przekonstruować krajowy system organów mających zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania.

Analizowana dyrektywa zobowiązuje również państwa członkowskie do promowania dialogu z partnerami społecznymi i stosownymi organizacjami pozarządowymi w celu wspierania zasady równego traktowania (art. 5), a także do zapewnienia osobom zainteresowanym dostępu do informacji o przepisach przyjmowanych na mocy dyrektywy 2014/54 (art. 6). Aktualne pozostają w tym zakresie uwagi poczynione już wcześniej.

12. Wnioski

Przeprowadzona powyżej analiza prowadzi do uznania, że Rzeczypospolita Polska w przeważającej mierze dokonała poprawnej implementacji do swojego porządku krajowego dyrektyw Unii Europejskiej w obszarze równego traktowania. Niemniej w toku analizy zidentyfikowano uchybienia w implementacji następujących przepisów aktów prawa wtórnego:

- 1) art. 3 ust. 1 pkt d dyrektywy 2000/43, art. 3 ust. 1 pkt d dyrektywy 2000/78 oraz art. 14 ust. 1 pkt d dyrektywy 2006/54 poprzez zawężenie pojęcia jakichkolwiek organizacji zrzeszających osoby wykonujące określony zawód do samorządu zawodowego w art. 4 pkt 3 ustawy wdrożeniowej – na gruncie prawa UE ochroną przed dyskryminacją należy objąć członkostwo we wszelkich organizacjach zrzeszających osoby wykonujące określony zawód, tymczasem forma samorządu zawodowego nie jest jedyną dopuszczalną formą zrzeszania się takich osób w polskim porządku prawnym. W związku z tym ochrona

r. w sprawie środków ułatwiających korzystanie z praw przyznanych pracownikom w kontekście swobodnego przepływu pracowników, COM(2018) 789 final.

przed nierównym traktowaniem została w nieuzasadniony sposób zawężona do jednej tylko formy zrzeszania się.

- 2) art. 5 dyrektywy 2000/78 poprzez przyjęcie w art. 23a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych zawężonych w stosunku do prawa unijnego definicji niepełnosprawności oraz kręgu osób uprawnionych do podjęcia względem nich niezbędnych racjonalnych usprawnień – na gruncie dyrektywy 2000/78 definicja niepełnosprawności jest niezależna od posiadania orzeczenia o niepełnosprawności wydanego przez właściwe organy krajowe. Polskie przepisy uzależniają tymczasem uprawnienie do niezbędnych racjonalnych usprawnień od posiadania takiego orzeczenia. Na gruncie dyrektywy 2000/78 uprawnienie to przysługuje poza tym wszystkim osobom świadczącym pracę, bez względu na podstawę jej świadczenia. Polskie przepisy ograniczają tymczasem to uprawnienie do osób świadczących pracę w ramach stosunku pracy, wykluczając tym samym osoby świadczące ją w sferze zatrudnienia niepracowniczego. Z tego względu w odniesieniu do racjonalnych usprawnień w sposób nieuzasadniony zawężono zakres ochrony wynikający z przepisów dyrektywy 2000/78.
- 3) art. 15 dyrektywy 2000/43, art. 17 dyrektywy 2000/78, art. 14 dyrektywy 2004/113 oraz art. 25 dyrektywy 2006/54 poprzez niezapewnienie w krajowym porządku prawnym skutecznych, proporcjonalnych i odstrasżających sankcji za naruszenie zasady równego traktowania – przeprowadzona analiza wykazała, że w polskim porządku prawnym roszczenie odszkodowawcze jest w istocie jedyną rzeczywistą formą odpowiedzialności za naruszenie zasady równego traktowania. Jednocześnie analiza orzecznictwa sądów krajowych wykazała, że roszczenie to zdaje się nie spełniać wymogu odstrasżającego charakteru jako sankcja, gdyż przede wszystkim traktowane jest jako roszczenie mające naprawić szkodę materialną i niematerialną. W wielu orzeczeniach sankcyjnego charakteru tego roszczenia upatruje się wyłącznie w samym fakcie jego zasądzenia, co nie spełnia kryterium odstrasżającego charakteru. Co więcej, zidentyfikowano również orzeczenia Sądu Najwyższego odmawiające uznania tego roszczenia za spełniające funkcję sankcyjną w świetle przytoczonych przepisów prawa UE. Z tego względu należy uznać, że polskie ustawodawstwo odnoszące się do roszczeń z tytułu nierównego traktowania nie zapewnia skutecznych, proporcjonalnych i przede wszystkim odstrasżających sankcji.
- 4) art. 13 dyrektywy 2000/43, art. 12 dyrektywy 2004/113 oraz art. 20 dyrektywy 2006/54 poprzez niezapewnienie w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich krajowemu organowi ds. równego traktowania wystarczających kompetencji do świadczenia niezależnej pomocy ofiarom dyskryminacji we wnoszeniu skarg dotyczących

dyskryminacji – w analizie wskazano, że kompetencja ta musi oznaczać rzeczywiste świadczenie konkretnej pomocy prawnej w każdym zgłoszonym przypadku nierównego traktowania. Tymczasem zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich, krajowy organ ds. równego traktowania ma ograniczone kompetencje w zakresie realizacji zasady równego traktowania między podmiotami prywatnymi, co jest zresztą konsekwencją art. 80 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wyznaczającego pozycję ustrojową Rzecznika jako organu mającego działać na rzecz przestrzegania praw i wolności w relacjach wertykalnych, a nie horyzontalnych. Ograniczenie kompetencji Rzecznika do udzielania pomocy w przypadku relacji pomiędzy podmiotami prywatnymi prowadzi zatem do niepełnej implementacji wskazywanych przepisów aktów prawa wtórnego.

- 5) art. 4 dyrektywy 2014/54 poprzez niezapewnienie wystarczającej niezależności krajowego organu mającego kompetencje do dostarczania lub zapewniania niezależnego poradnictwa prawnego lub innej pomocy pracownikom unijnym i członkom ich rodzin.

Jednocześnie wskazano w analizie na następujące wątpliwości:

- 1) co do poprawności implementowania do polskiego porządku prawnego art. 3 ust. 1 pkt e-f dyrektywy 2000/43 oraz art. 5 dyrektywy 2006/54 wobec niejasności, czy używane w ustawie wdrożeniowej pojęcie zabezpieczenia społecznego obejmuje swoim zakresem ochronę społeczną oraz świadczenia społeczne;
- 2) co do poprawności implementowania do polskiego porządku prawnego art. 3 ust. 1 lit. a dyrektywy 2000/43, art. 3 ust. 1 lit. a dyrektywy 2000/78 oraz art. 14 ust. 1 lit. a dyrektywy 2006/54 poprzez przyjęcie w art. 5 pkt 1 ustawy wdrożeniowej wyłączenia przedmiotowego mogącego w nieuzasadniony sposób ograniczyć ochronę przed dyskryminacją w przypadku świadczenia pracy w sferach związanych z życiem prywatnym;
- 3) co do zastosowania w art. 5 ustawy wdrożeniowej szeregu wyłączeń przedmiotowych w sytuacji, gdy właściwe akty prawa wtórnego posługują się nie formą wyłączenia, ale konstrukcją wyjątku od zasady równego traktowania – posłużenie się wyłączeniem przedmiotowym w miejsce wyjątku może bowiem negatywnie wpływać na standard ochrony przed dyskryminacją, przy czym wskazano w analizie, że w przypadkach wielu wyłączeń z art. 5 ustawy wdrożeniowej z uwagi na konstrukcję przepisów ich zastosowanie i tak zdaje się poprzedzone oceną określonych w nich sytuacji z perspektywy zasady równego traktowania;
- 4) co do przyjęcia w art. 5 pkt 7 ustawy wdrożeniowej kryteriów odmiennych od tych określonych w art. 4 ust. 2 dyrektywy 2000/78 – wskazano w analizie, że można mieć

wątpliwości co do spełnienia przez art. 5 pkt 7 celów przytaczanego przepisu dyrektywy 2000/78, tj. poszanowania autonomii kościołów i wskazywanych w nim innych organizacji, a także zachowania równowagi pomiędzy wolnością religijną a zasadą równego traktowania;

- 5) co do wpływu obowiązku zwrotu przez organizacje społeczne kosztów procesu przeciwnikowi na zapewnienie realizacji celów art. 7 ust. 2 dyrektywy 2000/43, art. 9 ust. 2 dyrektywy 2000/78, art. 8 ust. 3 dyrektywy 2004/113 oraz art. 17 ust. 2 dyrektywy 2006/54 – w analizie wskazano bowiem, że ryzyko zobowiązania do zwrotu kosztów może wywołać efekt mrozący poprzez zniechęcenie organizacji pozarządowych do korzystania z uprawnień przewidywanych przez wskazane wyżej akty prawa wtórnego;
- 6) co do poprawności implementowania do polskiego porządku prawnego art. 10 dyrektywy 2000/43, art. 12 dyrektywy 2000/78, art. 15 dyrektywy 2004/113 oraz art. 30 dyrektywy 2006/54 w zakresie zobowiązującym państwa członkowskie do podejmowania pewnych działań na rzecz podnoszenia świadomości społecznej o przepisach mających zapewnić ochronę przed nierównym traktowaniem, jeśli badania społeczne wykażą istnienie niskiej świadomości w tym zakresie w polskim społeczeństwie;
- 7) co do poprawności implementowania do polskiego porządku prawnego art. 11 dyrektywy 2000/43, art. 13 dyrektywy 2000/78, art. 11 dyrektywy 2004/113 oraz art. 21 dyrektywy 2006/54, a także art. 12 dyrektywy 2000/43, art. 14 dyrektywy 2000/78 oraz art. 22 dyrektywy 2006/54 poprzez niezapewnienie, jak się zdaje, efektywnych form dialogu społecznego i dialogu z organizacjami pozarządowymi;
- 8) co do poprawności implementowania do polskiego porządku prawnego art. 13 dyrektywy 2000/43, art. 12 dyrektywy 2004/113 oraz art. 20 dyrektywy 2006/54 w zakresie, w jakim niezapewnienie krajowemu organowi ds. równego traktowania właściwych środków na wykonywanie jego działań i brak podejmowania przez inne organy administracji współpracy z krajowym organem ds. równego traktowania mogą negatywnie wpływać na niezależność tego organu i na efektywność jego działania w obszarze równego traktowania.