

MAGDALENA GŁOGOWSKA



## OBIEKTYWNE RÓŻNICOWANIE PRACOWNIKÓW A SPRAWY Z ZAKRESU DYSKRYMINACJI PŁACOWEJ ZE WZGLĘDU NA PŁEĆ

Przepisy antydyskryminacyjne to jeden z najsilniej eksploatowanych obszarów prawnych. Jednocześnie nie sposób nie zauważyć, że mimo żywego zainteresowania ze strony ustawodawcy, grupa norm antydyskryminacyjnych należy do najbardziej niedoskonałych z uwagi na swój niekompletny charakter. Brak stosownych rozwiązań prowadzi nierzadko do sytuacji, w której mimo istnienia pozornie właściwej regulacji, prawo zamiast chronić działa na niekorzyść nierówno traktowanego pracownika. Przedmiotem niniejszej pracy jest analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie dotyczącym dyskryminacji płacowej ze względu na płeć i odpowiedź na pytanie jakie przesłanki muszą zostać spełnione, aby zachowanie pracodawcy nie zostało uznane za dyskryminujące.

### Istota dyskryminacji

Przystępując do analizy zagadnienia dyskryminacji należy w pierwszej kolejności podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, jak należy rozumieć termin dyskryminacja i z jaką kategorią zachowań powinna być ona utożsamiana. Zgodnie z definicją słownikową, za dyskryminację należy uznać „prześadowanie poszczególnych grup społecznych lub osób albo ograniczanie ich praw ze względu na rasę, narodowość, płeć itd.”<sup>1</sup>. Podana formuła nie oddaje jednak w pełni istoty zjawiska dyskryminacji, zdaje się bowiem, że głównym czynnikiem pozwalającym na sklasyfikowanie konkretnego zachowania jako dyskryminacji jest rozróżnienie (zarówno *in plus* jak i *in minus*) dwóch podmiotów, *ergo* jednocześnie wydaje się, że immanentną cechą owego rozróżnienia jest istnienie podmiotów charakteryzujących się posiadaniem cech pozwalających na ich bądź rozróżnienie bądź zrównanie. Innymi słowy, dyskryminację należy rozumieć jako zespół zachowań,

<sup>1</sup> Słownik języka polskiego, PWN 2011, s. 172.

których skutkiem jest odmienne ukształtowanie sytuacji podmiotów posiadających te same przymioty bądź przymiot. Jednocześnie zaznaczenia wymaga, że co do zasady dyskryminacja utożsamiana jest z różnicowaniem sytuacji podmiotów w oparciu o nieobiektywne kryterium, którego istnienie jest od nich niezależne.

Jak wynika z powyższego, istotą dyskryminacji jest rozróżnienie oparte na zabronionych kryteriach. Niniejsza konkluzja rodzi więc pytanie, czy dyskryminacja jest tożsama z nierównym traktowaniem. Równość nie zawsze jest tożsama ze znajdowaniem się w takiej samej sytuacji. Rozważenia wymaga więc czy pojęcia „dyskryminacja” i „nierówne traktowanie” mogą być uznawane za synonimy, czy też może jedno z tych pojęć należy rozumieć jako uszczegółowienie drugiego. Jak podkreśla Z. Góral, relacje pomiędzy tymi zasadami nie są do końca jasne<sup>2</sup>.

W doktrynie zarysowało się kilka koncepcji rozumienia relacji równość/dyskryminacja. Zgodnie z pierwszą z nich, równość jest tożsama z niedyskryminacją, ta ostatnia stanowi bowiem „nowszą wersję językową” pojęcia równości<sup>3</sup>. W tym przypadku terminy „równość” i „niedyskryminacja” traktowane są jako synonimy czy też, jak wspomina się w literaturze, „dwie strony tego samego medalu”<sup>4</sup>. Z kolei, zgodnie z drugą koncepcją, dyskryminacja stanowi termin o charakterze technicznym, określającym konkretne zachowania, podczas gdy równość pozostaje jedynie ideą<sup>5</sup>. W nieco zmodyfikowanej wersji, zwolennicy tej teorii podkreślają, że „racjonalny ustawodawca statuując w dwóch odrębnych przepisach dwie zasady, chciał nadać im inne znaczenie”<sup>6</sup>, co w konsekwencji pozwala na wyprowadzenie wniosku, że zasada równości jest adresowana do prawodawcy, a zasada niedyskryminacji adresowana jest do pracodawców, jako podmiotów stosujących prawo. Zdaniem kolejnej grupy badaczy relację tę można zdefiniować w ten sposób, iż celem zasady niedyskryminacji jest usprawiedliwienie nierównego traktowania, zaś zasada równości koncentruje się wokół stopnia podobieństwa porównywanych jednostek<sup>7</sup>. W innych przypadkach badacze podkreślają wprawdzie ściśle powiązanie tych zasad, ale jednocześnie dostrzegają, że nie zawsze nierówne traktowanie pracowników może mieć charakter dyskryminujący (np. w odniesieniu do ochrony kobiet w pracy ze względu na macierzyństwo).

W mojej ocenie, dla określenia relacji pomiędzy analizowanymi terminami najodpowiedniejsza wydaje się być druga z prezentowanych koncepcji. Po pierwsze, za przyjęciem proponowanej interpretacji przemawia wykładnia literalna

<sup>2</sup> Z. Góral, *Zasada równości pracowników w dziedzinie zatrudnienia i niedyskryminacji w zatrudnieniu*, [w:] K.W. Baran (red.), *Zarys systemu prawa pracy. Tom I. Część ogólna prawa pracy*, LEX 2013.

<sup>3</sup> J. Rivero, *Rapport sur les notions d'egalite et de discrimination en droit publique francais*, [w:] *Travaux de L'Association Henri Kapitanat*, Paryż 1965, t. XIV, s. 344, cyt. za I. Boruta, *Pojęcie równości kobiet i mężczyzn w pracy – odesłanie do teorii równości*, PiZS 1997, nr 2, s. 139 i nast.

<sup>4</sup> Z. Góral, *op. cit.*, LEX 2013.

<sup>5</sup> M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruksela 1976, s. 11 i 12, cyt. za I. Boruta, *ibidem*.

<sup>6</sup> Z. Góral, *op. cit.*, LEX 2013.

<sup>7</sup> E. Holmes, *Anti-Discrimination Rights Without Equality*, MLR 2005, vol. 175, s. 186 i nast.

analizowanych przepisów. Ustawodawca wspólnotowy używa zamiennie powołanych terminów. Niemniej jednak, w związku z faktem, że wykładnia literalna jest uważana w doktrynie za zawodną, wskazania wymagają inne argumenty popierające zajęcie powyższego stanowiska.

W literaturze przedmiotu relacja pomiędzy zasadą równości a zasadą dyskryminacji jest ujmowana różnie. Autorzy w większości przypadków opowiadają się za przyjęciem proponowanej interpretacji (dyskryminacja jako wyrażenie o charakterze technicznym). Z kolei przeciwnicy wskazywanej interpretacji stwierdzają, że zasada równości nie jest pojęciowo identyczna z zasadą niedyskryminacji. Równość traktowania nie zawsze oznacza bowiem brak dyskryminacji. W mojej ocenie, za uznaniem, że relacje pomiędzy formułą równości i niedyskryminacji przyjmują postać stosunku idei do czynności o charakterze technicznym przemawia przede wszystkim to, iż zasada równości w dużym uproszczeniu oznacza zakaz gorszego traktowania określonych osób bądź grup z powodów uznanych za dyskryminujące. Zakaz dyskryminacji stanowi więc uzupełnienie nakazu równego traktowania, precyzuje niniejszą normę. Do naruszenia zasady równości dochodzi przez zachowania o charakterze dyskryminacyjnym<sup>8</sup>.

Nie bez znaczenia są w mojej ocenie również powołane wyżej argumenty o racjonalności ustawodawcy i adresatach niniejszych zasad. W pierwszej kolejności należy w tej kwestii wskazać, że ustawodawca tworząc prawo faktycznie opiera się na pewnych postulatach, które „materializuje” bądź też urzeczywistnia poprzez nadanie im formy konkretnej normy prawnej. W rzeczywistości całkowita realizacja większości idei jest bowiem niemożliwa z uwagi na ich zbyt ogólnikowy i abstrakcyjny charakter.

## Pojęcie „dyskryminacji bezpośredniej”

Dyskryminacja bezpośrednia stanowi jej najprostszą i najbardziej naoczną formę, znaną zarówno prawu wspólnotowemu jak i prawu krajowemu. Jednocześnie, jak podają S. Forshaw i M. Pilgerstorfer<sup>9</sup>, złamanie zakazu dyskryminacji bezpośredniej ze względu na płeć w zatrudnieniu, jest najczęstszym przedmiotem skarg pracowniczych przed sądami krajowymi i Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Rozpoczynając analizę tego pojęcia, należy w pierwszej kolejności odnieść się do arystotelesowskiej formuły „*rzeczy podobne powinny być traktowane podobnie*”,

<sup>8</sup> J. Oniszczyk, *Równość – najpierwsza z zasad i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2004, s. 68; *idem*, *Zasada równouprawnienia kobiet w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 1993, s. 45.

<sup>9</sup> S. Forshaw, M. Pilgerstorfer, *Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in Between?*, ILJ 2008, vol. 37, no. 4, s. 347.

czyli do idei równości w znaczeniu materialnym, tę bowiem należy uznać za źródło wspólnotowej koncepcji pojęcia „dyskryminacja bezpośrednia”.

Dyskryminacja w formie bezpośredniej ma miejsce, gdy pracownik świadczący pracę jednakową bądź pracę jednakowej wartości jest traktowany odmiennie z uwagi na jedno z kryteriów takich jak płeć, wiek, rasa, orientacja seksualna itd. Czynnikiem determinującym wystąpienie dyskryminacji w analizowanej postaci, jest więc jej „bezpośredniość” rozumiana jako pewna dosłowność, naoczność zachowania, która nie może pozostać niezauważona. Oznacza to, że jako dyskryminację bezpośrednią należy zakwalifikować każde zachowanie pracodawcy, które bezpodstawnie różnicuje uprawnienia pracowników znajdujących się w jednakowej bądź porównywalnej sytuacji (świadczących pracę jednakową bądź pracę jednakowej wartości) ze względu na jakiegokolwiek prawnie zabronione kryterium. Pracodawca niesprawiedliwie różnicujący pracowników w bezpośredni sposób, nie stosuje, tak jak w przypadku dyskryminacji pośredniej pozornie neutralnego kryterium, praktyki bądź przepisu, nieusprawiedliwione nierówne traktowanie jest w tym przypadku skutkiem naocznego, dosłownego zachowania pracodawcy.

Analogiczną koncepcję dyskryminacji bezpośredniej przyjęto w dyrektywie 2006/54/WE<sup>10</sup> w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia. Art. 2 ust. 1 lit. a powołanej regulacji zawiera legalną definicję dyskryminacji bezpośredniej ze względu na płeć. Zgodnie z niniejszym przepisem, za dyskryminację bezpośrednią uznaje się sytuację, w której dana osoba traktowana jest mniej korzystnie ze względu na płeć niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji.

Prezentowana regulacja jest owocem refleksji TSUE nad zakresem stosowania zasady równego wynagradzania kobiet i mężczyzn. Przed przyjęciem dyrektywy nr 54, koncepcja dyskryminacji bezpośredniej była wywodzona z treści art. 141 TUE<sup>11</sup>, który podobnie do art. 119 EWG, nakładał na Państwa Członkowskie obowiązek zapewnienia stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w wynagradzaniu, *ergo* zobowiązywał adresatów normy do przyjęcia w krajowych porządkach prawnych takich środków, które wyeliminują jakiegokolwiek nieusprawiedliwione nierówne traktowanie oparte na kryterium płci, czyli dyskryminację.

Powyższy sposób interpretacji treści art. 141 TUE prezentowany przez TSUE był krytykowany w doktrynie. Główny argument podnoszony przez komentatorów opierał się na przekonaniu, że przyjęcie prezentowanego sposobu rozumowania prowadzi do wniosku, iż jakakolwiek inna dyskryminacja tj. nieoparta na kryterium płci, jest w zakresie wynagradzania dozwolona<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Dz.Urz. UE nr L 204/23 z 26 lipca 2006 r.

<sup>11</sup> E. Ellis, *European Labour Law*, s. 88.

<sup>12</sup> Szerzej: E. Ellis, *op. cit.*, s. 90.

Z powyższą tezą nie można się zgodzić. Kardynalnym argumentem przemawiającym za uznaniem zaprezentowanego wyводу za niewłaściwy jest przede wszystkim dokładne sprecyzowanie, w art. 141 TUE, kryterium dyskryminacyjnego. Analiza przyjętej przez ustawodawcę konstrukcji uzasadnia wniosek, że celem niniejszej regulacji jest jedynie ochrona przed dyskryminacją pracowników różnicowanych wyłącznie z powodu przynależności do danej płci, nie zaś pracowników traktowanych nierówno z jakiegokolwiek innej przyczyny. Kwestią wymagającą wzmożonej uwagi jest jednak w tym przypadku sposób interpretacji pojęcia „płeć”. Przy przyjęciu bowiem wąskiego znaczenia niniejszego terminu, faktycznie należy zgodzić się z E. Ellis i uznać, że powołany przepis pozwalał na niesprawiedliwe traktowanie z uwzględnieniem cechy orientacji seksualnej czy też tożsamości płciowej.

Jak już wspomniano, definicja legalna dyskryminacji została skonstruowana w oparciu o przyjętą przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej interpretację art. 141 TUE. W tej kwestii kluczowym zdaje się być orzeczenie w sprawie *Defrenne II*<sup>13</sup>, gdzie Trybunał po raz pierwszy dokonał rozróżnienia na dyskryminację pośrednią i bezpośrednią.

W paragrafie 18 powołanego orzeczenia, TSUE stwierdził, że: „(...) po pierwsze, bezpośrednia i jawna dyskryminacja, może być identyfikowana jedynie za pomocą kryterium równej pracy i równej płacy w rozumieniu artykułu powołanego w pytaniu [art. 119 EWG], po drugie, pośrednia i ukryta dyskryminacja może być identyfikowana jedynie za pomocą odesłania do bardziej sprecyzowanych postanowień wspólnotowych bądź krajowych”<sup>14</sup>.

Dyskryminacja bezpośrednia została więc utożsamiona przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z otwartym i jawnym zachowaniem pracodawcy, podczas gdy dyskryminacja pośrednia polegać miała na zachowaniu ukrytym. Wniosek, który nasuwa się po analizie powyższego stwierdzenia jest taki, że, zgodnie z intencją TSUE, art. 119 miał bezpośrednie zastosowanie jedynie w przypadkach dyskryminacji pośredniej. W sytuacji, gdy pracownik doświadczał dyskryminacji pośredniej, regulacje wspólnotowe wymagały odwołania się do rozwiązań krajowych.

W rozumieniu TSUE, dyskryminacja bezpośrednia może polegać jedynie na dosłownym różnicowaniu pracowników w niesprawiedliwy sposób. Oznacza to, że zgodnie z przedstawioną interpretacją dyskryminacją bezpośrednią jest wszystko to, co odnosi się jedynie do formy zachowań, podczas gdy konstrukcja

---

<sup>13</sup> Wyrok TSUE z 8 kwietnia 1976 r. w sprawie *Gabrielle Defrenne v. Societe anonyme belge de navigation aeriene Sabena*, C-43-75, Zb. Orz. 1976 s. 00455.

<sup>14</sup> W oryginale: „(...) first, direct and overt discrimination which may be identified solely with the aid of the criteria based on equal work and equal pay referred to by the article in question and, secondly, indirect and disguised discrimination which can only be identified by reference to more explicit implementing provisions of a community or national character”.

dyskryminacja pośredniej dotyczy ich istoty<sup>15</sup>. Innymi słowy, dyskryminacja bezpośrednia opiera się na niesprawiedliwie nierównym traktowaniu pracowników w oparciu o zindywidualizowaną cechę, która ich charakteryzuje (płeć, rasa, orientacja seksualna itd.)<sup>16</sup>, bez jakiegokolwiek próby stosowania kryteriów, które mogłyby być uznane za neutralne.

Rozważania Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej znalazły swe odzwierciedlenie we współczesnych aktach prawa wspólnotowego. Jak już wspomniano, definicję legalną dyskryminacji statuuje art. 2 ust. 1 lit. a, dyrektywy 2006/54, znanej jako *Equal Treatment Directive*. Analiza przedmiotowej regulacji budzi jednak zastrzeżenia.

Legalna definicja dyskryminacji bezpośredniej skonstruowana została w oparciu o trzy elementy: czasowy, przedmiotowy i podmiotowy. W celu przeprowadzenia analizy niniejszego zagadnienia konieczne jest określenie ram każdego z nich.

\*

Jak już wspomniano, rozwiązania prawne dotyczące dyskryminacji bezpośredniej wywodzą się z arystotelesowskiej definicji równości „rzeczy podobne powinny być traktowane podobnie”. Zdaniem S. Fredman, koncepcja dyskryminacji bezpośredniej jest znacznie ograniczona z uwagi na ścisłe połączenie jej z powyższą formułą<sup>17</sup>. Opiera się bowiem na konieczności dokonywania komparycji, co zdaniem autorki w znacznym stopniu ogranicza możliwości jej zastosowania.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy 2006/54/WE, konstrukcja dyskryminacji bezpośredniej najdzie zastosowanie w sytuacji, gdy pracownik jest, był lub byłby traktowany ze względu na płeć, mniej korzystnie niż inna osoba w porównywalnej sytuacji. Uznanie konkretnego zachowania za dyskryminacyjne jest uzależnione więc od zaistnienia elementu przedmiotowego niniejszej definicji, czyli przesłanki „porównywalnej sytuacji”. W dziedzinie wynagrodzenia warunek istnienia porównywalnej sytuacji jest utożsamiany z wykonywaniem przez pracownika pracy „równej” bądź pracy „równej wartości”, w odniesieniu do pracy świadczonej przez komparatora. Bez uszczerbku dla dalszych rozważań można stwierdzić, że efekt porównania jest w znaczącej mierze warunkowany przez właściwy dobór komparatora, co praktycznie pozbawia go obiektywizmu. Wynik sporu o naruszenie przez pracodawcę zakazu dyskryminacji w wynagradzaniu jest bowiem determinowany tylko i wyłącznie przez wskazanie odpowiedniego pracownika, który zdaniem skarżącego znajduje się w lepszej sytuacji aniżeli pokrzywdzony dyskryminacją. W sytuacji, gdy zarówno pojęcie „pracy równej” jak i „pracy

<sup>15</sup> E. Ellis, *op. cit.*, s. 89.

<sup>16</sup> T. Gill, K. Monaghan, *Justification in Direct Discrimination Law: Taboo Upheld*, ILJ 2003, vol. 32, no. 2.

<sup>17</sup> S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford 2002, s. 166.

równej wartości” jest przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej definiowane w oparciu o stan faktyczny konkretnej sprawy, próba wyodrębnienia bardziej szczegółowych kryteriów, które miałyby spełniać komparator wydaje się być niemożliwa. Jedyne cechy jakie powinny charakteryzować pracownika, z którym pragnie zostać porównana osoba dyskryminowana to właśnie znajdowanie się w „porównywalnej sytuacji”, czyli świadczenie pracy „równej” bądź „równej wartości” oraz odmienna płeć. Ani Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, ani ustawodawca nie zakreślają jednak ram, w oparciu o które należałoby rozpatrywać, czy pracownicy znajdują się z porównywalnej sytuacji.

Konstrukcja dyskryminacji bezpośredniej opiera się na założeniu, że nierówne traktowanie w tej formie dotyczyć może jedynie zindywidualizowanego podmiotu. Innymi słowy, bezpośredni charakter dyskryminacji wynika z tego, że jest ona skutkiem zachowania pracodawcy w odniesieniu do konkretnego pracownika, wyodrębnionego ze względu na jedną z niedozwolonych przyczyn. Element podmiotowy analizowanego pojęcia zawiera się więc w zwrocie „dana osoba”.

Wątpliwości budzi jednak, czy konstrukcja dyskryminacji bezpośredniej może znaleźć zastosowanie w odniesieniu do grupy pracowników. Ze swojej strony reprezentuję stanowisko, że jest to możliwe w sytuacji, gdy pracodawca nie stosuje pozornie neutralnych kryteriów, a wprost wyodrębnia określoną grupę pracowników przy użyciu jednej z zabronionych cech.

Zakres podmiotowy definicji dyskryminacji bezpośredniej jest szeroki. Ustawodawca wspólnotowy posługuje się bowiem sformułowaniem „osoba”. Przyjęcie niniejszej formuły pozwala na stwierdzenie, że dyskryminacją może być dotknięty zarówno pracownik w trakcie realizacji bądź zakończenia stosunku pracy oraz osoby, których nie zatrudniono z przyczyn uznanych za dyskryminacyjne.

W korelacji z elementem przedmiotowym pojęcia dyskryminacji bezpośredniej w rozumieniu dyrektywy 2006/54/WE pozostaje wyszczególniony wyżej, element czasowy. Ustawodawca wiąże bowiem nierówne traktowanie zarówno z sytuacjami mającymi miejsce w czasie przeszłym jak i teraźniejszym. Oznacza to, że dla skutecznego podniesienia zarzutu dyskryminacji bezpośredniej bez znaczenia pozostaje czy bezprawne zachowanie pracodawcy miało miejsce w przeszłości, czy też stan taki trwa nadal, istotne jest bowiem wystąpienie dyskryminacji w ogóle.

Kontrowersje budzi ostatni komponent wspólnotowej definicji dyskryminacji bezpośredniej. Nierówne traktowanie może bowiem dotyczyć także hipotetycznego stanu, w którym pracownik byłby traktowany mniej korzystnie niż inna osoba w porównywalnej sytuacji.

Powyższa kwestia wymaga rozważenia kilku możliwych wariantów interpretacji przepisu art. 2 ust. 1 lit. a, dyrektywy 2006/54/WE. Przede wszystkim należy zastanowić się, czy porównanie musi być dokonane w stosunku do realnie istniejącej osoby, czy też może opierać się na pewnym, modelowym wyobrażeniu pracownika potencjalnie mogącego zajmować dane stanowisko. Kolejnym,

ważkim pytaniem, jakie nasuwa się po lekturze powołanej regulacji, jest to, czy porównanie musi dotyczyć tylko sytuacji, które mogą realnie wystąpić.

Pierwszy z poruszonych problemów pozwala na obrazowe zilustrowanie niedostatków koncepcji równości w wynagradzaniu obowiązującej w prawie wspólnotowym. Jak już kilkakrotnie wskazywałam, dla ustalenia, czy zachowanie pracodawcy nosi znamiona dyskryminacji, konieczne jest wskazanie komparatora, który zdaniem pracownika, jest traktowany przez pracodawcę lepiej, mimo znajdowania się w porównywalnej sytuacji. Mając na uwadze literalne brzmienie analizowanego przepisu, a dokładniej zwrot „byłby”, należy stwierdzić, że właściwym jest przyjęcie interpretacji, która pozwala na dokonywanie porównań z pewnym modelowym wyobrażeniem pracownika, który mógłby zajmować dane stanowisko. Powyższe rozważania kolejny raz dowodzą, że wynik komparacji jest ściśle uzależniony od odpowiedniego doboru obiektu porównań, w tym przypadku od przyjęcia konkretnych założeń. Jednocześnie wydaje się, że przyjęcie takiej interpretacji jest również konieczne dla pełnego urzeczywistnienia idei niedyskryminacji w wynagrodzeniu.

*A contrario*, brak poprzednika na danym stanowisku połączony z niepożądaną wysokością wypłacanego świadczenia w żaden sposób nie uzasadnia przyjęcia założenia o dyskryminacji. Należy podnieść, że wynagrodzenie jest w zobowiązaniowych stosunkach pracy elementem umowy o pracę, który podlega negocjacji, a więc na jego kształt i wysokość ma wpływ wynik pertraktacji pomiędzy pracodawcą a kandydatem na pracownika. Moim zdaniem, w świetle powyższych argumentów przyjęcie interpretacji rozszerzającej wydaje się być nadinterpretacją, umożliwi bowiem na dokonywanie komparacji pomiędzy pracownikami nie tylko zatrudnionymi u danego pracodawcy, ale także pomiędzy pracownikami świadczącymi pracę np.: w danej branży.

Przyjęcie powyższej koncepcji wydaje się być niewłaściwe. Przede wszystkim stwierdzenie, że dopuszczalne jest porównywanie wynagrodzeń pracowników zatrudnionych w różnych zakładach pracy prowadzi do uznania równości jako wartości absolutnej<sup>18</sup>. Porównywanie wynagrodzeń bez uwzględnienia takich czynników jak uwarunkowania regionalne, rentowność danego przedsiębiorstwa, popyt i podaż<sup>19</sup> prowadzi do formalnego zrównania wynagrodzeń kobiet i mężczyzn i zaburzenia systemu wynagrodzeń.

Dalsze rozważania odnośnie możliwości dokonywania porównań z hipotetycznym komparatorem są ściśle powiązane z analizą zagadnień pracy „równej” i pracy „równej wartości”, dlatego też zostały one w sposób szczegółowy przeprowadzone w rozdziale czwartym niniejszej pracy.

<sup>18</sup> M. Wandzel, *Równe traktowanie kobiet i mężczyzn*, s. 38.

<sup>19</sup> M. Wandzel, *Równe wynagradzanie pracowników niezależnie od miejsca świadczenia pracy*, MPPr 2006, nr 11.



Wątpliwości budzi również zagadnienie, czy dla prawidłowości porównania, musi ono dotyczyć jedynie sytuacji, które mogą realnie wystąpić, czy też możliwe jest dokonanie komparycji w oparciu o hipotetyczne założenia, których wydarzenie się jest wątpliwe. Ze swojej strony reprezentuję stanowisko, że porównanie może być dokonywane jedynie w oparciu o zdarzenia, co do których zachodzi prawdopodobieństwo wydarzenia się, nie zaś o abstrakcyjnie postrzegane stany faktyczne. Do powyższej kategorii zaliczam również dopuszczalność dokonywania komparycji w odniesieniu do poprzednika tj. pracownika, który zajmował dane stanowisko przed pracownikiem dyskryminowanym.

Ostatnim, z problemów pojawiających się na płaszczyźnie elementu czasowego definicji dyskryminacji bezpośredniej jest konfrontacja niniejszej formuły z poszczególnymi etapami stosunku pracy. W przedmiotowej kwestii jasna wydaje się być możliwość odniesienia definicji dyskryminacji bezpośredniej do etapu realizacji stosunku pracy. Problemów nastęrcza natomiast możliwość zastosowania powyższej formuły do etapu nawiązania stosunku pracy (w tym miejscu należy nadmienić, że niniejsze wątpliwości dotyczą jedynie zakresu wynagrodzenia). W związku z powyższym należy rozważyć, czy złożenie pracownikowi oferty wypłaty wynagrodzenia niższego może być uznane za dyskryminację.

Kolejne, wymagające rozważenia zagadnienie jest związane z pojęciem dyskryminacji w konotacji z etapami stosunku pracy. Punktem wyjścia dla dalszych rozważań jest konstatacja, że konstrukcja dyskryminacji nie znajduje zastosowania w odniesieniu do każdego etapu stosunku pracy. W pierwszej kolejności należy wskazać, że nawiązanie stosunku pracy polega na złożeniu zgodnych oświadczeń woli przez strony, poprzedzonym negocjacjami co do finalnego kształtu aktu, na podstawie którego ów stosunek pracy jest nawiązywany. Uznanie, że konstrukcja równości i niedyskryminacji w zakresie wynagrodzenia odnosi się do każdego etapu stosunku pracy prowadzi do następujących wniosków. Po pierwsze, przyjęcie powyższego założenia zakłada, iż prawo może bardzo głęboko ingerować w stosunku zobowiązaniowe, nawiązywane na podstawie dwóch, zgodnych oświadczeń woli. Po wtóre, na gruncie prawa wspólnotowego i prawa krajowego brak jest instrumentów prawnych pozwalających na eliminację ofert o charakterze dyskryminacyjnym. Po trzecie, jak już wskazałam, stosunek pracy jest nawiązywany na podstawie dwóch, zgodnych oświadczeń woli, wynagrodzenie jest zaś elementem o charakterze negocjacyjnym. Strony zamierzające nawiązać stosunek pracy mogą w dowolny sposób kształtować jego wysokość. Po czwarte, skoro podstawą określania wysokości wynagrodzenia ma być rzeczywista wartość świadczonej pracy, to niemożliwym wydaje się być ocena pracy, do której świadczenia jeszcze nie doszło.

## Dyskryminacja bezpośrednia a obiektywne różnicowanie pracowników

Problem obiektywnego różnicowania pracowników w kontekście dyskryminacji bezpośredniej w dziedzinie wynagrodzenia nigdy nie był wprost poruszany przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Niemniej jednak analiza orzecznictwa TSUE nieuchronnie prowadzi do konkluzji, że zagadnienie możliwości usprawiedliwiania działań pracodawcy posądzonego o bezpośrednie dyskryminowanie pracowników w wynagradzaniu ze względu na płeć istnieje i kilkakrotnie pojawiło się w judykatach Trybunału.

Rozważając kwestię obiektywnego różnicowania pracowników należy w pierwszej kolejności odwołać się do orzeczenia w sprawie *Defrenne II*<sup>20</sup>. W cytowanym już § 18 orzeczenia Trybunał wskazał bowiem, że jawna, bezpośrednia dyskryminacja może być identyfikowana wyłącznie za pomocą kryterium pracy równej. Z powyższego wynika więc, że pracodawca, aby uwolnić się od zarzutu praktykowania dyskryminacji bezpośredniej, winien wykazać, że pracownicy nie świadczą pracy równej bądź pracy równej wartości.

Analogicznie, w orzeczeniach *Hlozek* i *Bird Eye Walls* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, nawiązując do wyroku *Worringham*<sup>21</sup>, stwierdził że różnice pomiędzy płacą kobiet a mężczyzn nie są determinowane płcią a faktem, że nie znajdują się oni w tej samej, a więc porównywalnej sytuacji. Zasadniczym problemem wydaje się więc w tym przypadku określenie, czym jest porównywalna sytuacja. Nawiązując do powyższych rozważań należy stwierdzić, że pracownicy znajdują się w porównywalnej sytuacji, gdy świadczą pracę równą bądź pracę równej wartości, a więc pracę tożsamą pod względem istotnych dla pracodawcy czynników.

Z kolei, w sprawie *Abdoulaye*<sup>22</sup> Trybunał stwierdził, że sytuacji pracownika nie może być porównywana z sytuacją pracownicy, gdyż świadczenie przysługiwało wyłącznie kobietom w związku z korzystaniem przez nich z urlopu macierzyńskiego, który to warunek nie mógł być spełniony przez mężczyzn.

W orzeczeniu *Griesmar*<sup>23</sup> różne zasady stosowane przez pracodawcę przy obliczaniu składki ubezpieczeniowej dla kobiet, które posiadały dzieci nie mogą być konfrontowane z regułami stosowanymi wobec mężczyzn. Niemniej jednak,

<sup>20</sup> Wyrok TSUE z 8 kwietnia 1976 r. *Gabrielle Defrenne v. Societe anonyme belge de navigation aeriene Sabena*, C-43/75, Zb. Orz. 1976 s. 00455.

<sup>21</sup> Wyrok TSUE z dnia 11 marca 1981 r. w sprawie *Susan Jane Worringham and Margaret Humphreys v Lloyds Bank Limited*, C-69/80, Zb. Orz. z 1981, s. 767, dalej jako *Worringham*.

<sup>22</sup> Wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie *Abdoulaye and others v. Regie national des usines Renault SA*, C-218/98, Zb. Orz. z 1999, s. 5723, dalej jako *Abdoulaye*.

<sup>23</sup> Wyrok TSUE z dnia 29 listopada 2001 r. w sprawie *Griesmar v Ministre de l'Economie* C-366/99, Zb. Orz. z 2001 r. s. 9383, dalej jako *Griesmar*.

w przedmiotowym wyroku TSUE zwrócił na drugi sposób różnicowania pracowników, który polegał na stosowaniu tzw. dyskryminacji pozytywnej<sup>24</sup>.

W orzeczeniu *Lewen*<sup>25</sup>, Trybunał stwierdził, że odmienne traktowanie kobiet przebywających na urloпах macierzyńskich poprzez odmowę wypłacenia im świątecznego bonusu również nie stanowi dyskryminacji. W przedmiotowej sprawie TSUE analogicznie do pozostałych posłużył się konstrukcją „takiej samej sytuacji” – kobiety przebywające na urloпах macierzyńskich nie świadczyły pracy, a więc niemożliwym było porównywanie ich z innymi pracownikami. Konkludując, pracodawca Pani Lewen, nie wypłacając jej świątecznej nagrody, działał zgodnie z prawem.

Jak więc wynika z powyższego, pracodawca chcąc uwolnić się od zarzutu dyskryminacji bezpośredniej może zastosować dwojaki rodzaj argumentacji. Po pierwsze, może wykazać on, że porównywani pracownicy nie świadczą pracy równej bądź pracy równej wartości, co uniemożliwia uznanie, że znajdują się oni w porównywalnej sytuacji. Po wtóre, pracodawca może również wykazywać, że różnicowanie pracowników odbywa się w ramach tzw. pozytywnych akcji.

Powyższe budzi jednak zastrzeżenia. W odniesieniu do tzw. pozytywnych akcji zauważa się, że często ich stosowanie zamiast zapobiegać nierównościami tworzy kolejne<sup>26</sup>. Z argumentem tym nie sposób się nie zgodzić. O ile pracodawca nie udowodni, że różnicowanie sytuacji pracowników jest faktycznie niezbędne w celu promocji konkretnej grupy i bez podjęcia takich działań mogłoby dojść do dyskryminacji, samo posługiwanie się argumentem „pozytywnej akcji” może okazać się niewystarczające. Po wtóre, pozytywna dyskryminacja, co absurdalne, w rzeczywistości prowadzi do wyodrębnienia grupy pracowników z uwzględnieniem jednego z zabronionych kryteriów<sup>27</sup>. Umacnia więc stereotypy funkcjonujące w społeczeństwie w odniesieniu do płci, rasy lub wieku. W rzeczywistości podjęcie działań mających na celu poprawę sytuacji pracowników może prowadzić więc do wykluczenia. Co więcej, może prowadzić do paradoksalnej sytuacji, w której konkretny składnik wynagrodzenia przysługuje pracownikowi nie w związku z wykonywaną pracą, a jedynie z tytułu jego płci<sup>28</sup>. Jak słusznie wskazują T. Gill i K. Monaghan różnicowanie (nawet pozytywne) oparte na jednym z *de facto* zabronionych kryteriów może naruszać godność jednostki<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> P. Craig, G. de Burca, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford 2007, s. 896 i nast.

<sup>25</sup> Wyrok TSUE z dnia 21 października 1999 r. w sprawie *Susanne Lewen v. Lothar Denda*, C-333/97, Zb. Orz. z 1999 r. s. 412, dalej jako *Lewen*.

<sup>26</sup> L. Barmes, *Promoting Diversity and the Definition of Direct Discrimination*, ILJ 2003, vol. 32, nr 3, s. 201.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Do tej grupy nie zaliczam przywilejów przysługujących kobietom w związku z macierzyństwem.

<sup>29</sup> T. Gill, K. Monaghan, *Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld*, ILJ 2003, vol. 32, s. 116.

## Pojęcie „dyskryminacji pośredniej”

Legalna definicja dyskryminacji pośredniej<sup>30</sup> została pierwotnie zawarta w dyrektywie 97/80/WE. Następnie pojęcie to zostało doprecyzowane dyrektywą 2006/54/WE, w której, co ciekawe, ustawodawca zrezygnował z używania skomplikowanej definicji odwołującej się do dowodów opartych na danych statystycznych, jak czynił to w dyrektywie dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć<sup>31</sup>.

Zgodnie z art. 2 lit. b powyższej regulacji, za dyskryminację pośrednią należy uznać „sytuację, w której z pozoru neutralny przepis lub praktyka stawiałyby osoby danej płci w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu do osób innej płci, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki osiągnięcia tego celu są właściwe i niezbędne”<sup>32</sup>. Analiza cytowanego przepisu pozwala na wyprowadzenie dwóch wniosków: po pierwsze, konstrukcja dyskryminacji pośredniej skutkuje wykroczeniem poza ramy indywidualnych relacji pomiędzy pracownikiem a pracodawcą. Istotą dyskryminacji pośredniej jest to, że dotyczy ona grona pracowników, rozumianych jako pewna zbiorowość<sup>33</sup>. Po wtóre, dyskryminacja pośrednia charakteryzuje się pozorną neutralnością działań podejmowanych przez pracodawcę, a więc innymi słowy jest ona ukryta, zawoalowana. Przy tej formie dyskryminacji nie chodzi więc o formalne zachowanie pracodawcy, ale o rzeczywiste funkcjonowanie w praktyce kryteriów służących różnicowaniu pracowników i efekt ich stosowania<sup>34</sup>. Dla stwierdzenia stosowania przez pracodawcę dyskryminacji pośredniej nie ma znaczenia, czy działał on umyślnie, czy też nie. Wystarczy, że przyjęte przez niego środki skutkują dyskryminacyjnym rozróżnieniem pracowników<sup>35</sup>. Na sądzie badającym sporny stan faktyczny nie będzie zatem spoczywał obowiązek ustalenia, czy pracodawca różnicował pracowników z zamiarem pogorszenia sytuacji jednej z grup, istotny w tym przypadku będzie jedynie skutek podjętych

---

<sup>30</sup> Koncepcja dyskryminacji pośredniej bywa w literaturze przedmiotu określana mianem *raison d'être* dziedziny prawoznawstwa zajmującej się problematyką równości. Tak K. Lundström, *Indirect Discrimination in the European Court of Justice's Version*, [w:] *Legal Perspectives of Equal Treatment and Non – discrimination*, A. Numhauser-Henning (red.), Kluwer Law International 2001, s. 143.

<sup>31</sup> P. Craig, G. de Burca, *EU Law. Text, cases, materials*, s. 887.

<sup>32</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/54/WE 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, (Dz. Urz. UE L 204 z 26.07.2006, s. 23.).

<sup>33</sup> Ani Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej ani przedstawiciele doktryny nie formułują wymogów liczebnych, jakie winny zostać spełnione, by można daną grupę traktować jako „zbiorowość”. W mojej ocenie, w celu zapewnienia całościowej ochrony wystarczy, że nierówne traktowanie dotyka więcej niż jednego pracownika. Takie rozwiązanie uniemożliwi tworzenie luk, które mogłyby zostać wykorzystane na niekorzyść pracowników przez pracodawców.

<sup>34</sup> M. Tomaszewska [w:] *„Kodeks pracy. Komentarz”* K.W. Baran (red.), LEX 2013 r., C. Barnard, *EC Employment Law*, London 2006, s. 182 i nast.

<sup>35</sup> E. Szytchak, *Differences in pay for part-time work*, MLR 1981, vol. 44, s. 677.

przezeń działań w postaci pogorszenia sytuacji części pracowników oraz możliwość przyjęcia domniemania, że taki stan rzeczy jest determinowany ich płcią.

Pojęcie dyskryminacji pośredniej zostało ukształtowane na skutek istnienia niezwykle bogatego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, traktującego o powyższym zagadnieniu<sup>36</sup>. Co zaskakujące, TSUE dość konsekwentnie formułował swoje wnioski dotyczące konstrukcji dyskryminacji pośredniej.

Po raz pierwszy do problemu dyskryminacji pośredniej w kontekście zasady równouprawnienia kobiet i mężczyzn, Trybunał odniósł się w sprawie *Jenkins*<sup>37</sup>. Przedmiotowe rozstrzygnięcie zostało wydane na skutek wszczęcia procedury przez panią Jeanette Pauline Jenkins, zatrudnioną u pozwanego na stanowisku mechanika specjalisty w niepełnym wymiarze czasu pracy. Godzinowe stawki wynagrodzenia dla pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze były o 10% wyższe aniżeli pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze. Niniejsze rozwiązanie nie było jednak determinowane ani takimi czynnikami jak jakość świadczonej pracy, ani też osobistymi umiejętnościami pracowników. Co ciekawe, w grupie pracowników zarabiających mniej występowała znaczna przewaga kobiet. Powódka w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazała, że dyskryminacja ma miejsce nie tylko w sytuacji, w której pracodawca nie tylko bezpośrednio dyskryminuje pracowników w oparciu o kryterium płci, ale także wtedy, gdy skutki jego pozornie neutralnych działań prowadzą do takiego samego rezultatu.

Opiniujący niniejszą sprawę Adwokat Generalny Warner stwierdził, że pracownicy zatrudnieni w niepełnym wymiarze literalnie nie mają tej samej pracy co pracownicy zatrudnieni na pełny etat, choć faktycznie przedstawiciele obydwu grup mogą świadczyć pracę równą<sup>38</sup>. Adwokat Generalny podkreślił również konieczność zapobiegania dyskryminacji wobec pracownic, ukrytej pod pozorem różnicowania pracowników pod kątem umówionego wymiaru czasu pracy.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej rozstrzygając przedmiotową sprawę, podkreślił przede wszystkim, że sam fakt, iż pomiędzy stawką godzinową wypłacaną pracownikom zatrudnionym na pełny etat a stawką godzinową wypłacaną pracownikom zatrudnionym w niepełnym wymiarze czasu pracy występują różnice, nie pozwala na wyprowadzenie wniosku o istnieniu dyskryminacji, o ile różnica niniejsza jest warunkowana obiektywnymi czynnikami. Na przyjęcie

<sup>36</sup> Po raz pierwszy Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zdefiniował pojęcie dyskryminacji pośredniej w orzeczeniu zapadłym w sprawie *Sotigu v Deutsche Bundespost* (Wyrok TSUE z dnia 20 lutego 1974 r. *Sotigu v Deutsche Bundespost* C-152/73, Zb. Orz. z 1974 r. s. 153, dalej jako *Sotgiu*) dotyczącej nierównego traktowania pracowników migrujących ze względu na ich obywatelstwo. W przedmiotowej sprawie Trybunał stwierdził, że zarówno postanowienia TEWG jak i dyrektywy 1612/68 zabraniają dyskryminacji pośredniej (ukrytej), która polega na stosowaniu pozornie neutralnych kryteriów skutkujących w rzeczywistości tożsamym, z dyskryminacją bezpośrednią, rezultatem.

<sup>37</sup> Wyrok TSUE z dnia 31 marca 1981 r. *J.P.Jenkins v Kingsgate (Clothing Production) LTD* C-96/80, Zb. Orz. z 1981 r. s. 912, dalej jako *Jenkins*.

<sup>38</sup> Opinia Adwokata Generalnego Warner'a w sprawie w sprawie *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Production) LTD* C-96/80, doręczona dnia 28 stycznia 1981 r., Zb. Orz. z 1981 s. 929 i nast., dalej jako opinia w sprawie *Jenkins*.

niniejszej konkluzji pozwalałoby stwierdzenie, że kryteria, które uzasadniają różnicowanie pracowników, są w ścisły sposób związane z płcią, co jest z kolei uzasadniane tym, iż w grupie pracowników znajdujących się w gorszej sytuacji znajduje się znacznie większy procent kobiet<sup>39</sup>. Jednocześnie, zdaniem Trybunału, do sądu krajowego należy ustalenie w oparciu o historię płac u danego podmiotu i badanie „zamiaru” pracodawcy, czy różnice w wynagrodzeniach są w rzeczywistości dyskryminacją. Niestety Trybunał zaniechał poczynienia konkluzji co do wymogów ilościowych, co, jak zostanie wykazane w kolejnych częściach pracy, w znaczny sposób komplikuje kwestie dowodowe w sprawach z zakresu pośredniej dyskryminacji płciowej w wynagrodzeniu.

W powyższym orzeczeniu Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjął, zdaje się, dość wąską koncepcję dyskryminacji pośredniej – dla stwierdzenia niezgodnego z prawem różnicowania pracowników liczyło się bowiem istnienie zamiaru pracodawcy<sup>40</sup>.

Wąskie rozumienie dyskryminacji pośredniej zostało przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zmodyfikowane w orzeczeniu *Bilka*<sup>41</sup>, w którym TSUE uznał, że przepis art. 119 TEWG (157 TfUE) jest łamany w sytuacji, gdy znacznie większa liczba kobiet niż mężczyzn jest wykluczana z udziału w funkcjonującym u pracodawcy funduszu emerytalnym. Pracodawca może uwolnić się od zarzutu dyskryminacji jeśli wykaże, że różnicowanie sytuacji mężczyzn i kobiet jest uzasadnione obiektywnymi i usprawiedliwionymi czynnikami niezwiązanymi z dyskryminacją. Jednocześnie, TSUE uznał, że istnienie bądź nie zamiaru pracodawcy nie ma znaczenia dla stwierdzenia istnienia dyskryminacji<sup>42</sup>. Co więcej, w uzasadnieniu Trybunał podniósł, że wprawdzie w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła sytuacji analogiczna do tej ze sprawy *Jenkins*, niemniej jednak odebranie pracownikom możliwości uczestniczenia w systemie emerytalnym skutkowało wypłatą niższego wynagrodzenia dla pracowników niezatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy.

Wydaje się, że w orzeczeniu *Bilka* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej sformułował dość ściśle przesłanki, jakie powinny zostać spełnione przez pracodawcę, aby uznać jego działania za zgodne z prawem. Po pierwsze, czynniki uzasadniające różnicowanie sytuacji pracowników nie mogą być w żaden sposób związane z płcią, po wtóre, musi zaistnieć wyraźna potrzeba zastosowania takiego rozróżnienia oraz po trzecie, czynniki te muszą być proporcjonalne i niezbędne dla osiągnięcia konkretnego celu przez pracodawcę<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Por. § 10 i 13 orzeczenia *Jenkins*.

<sup>40</sup> M. Wandzel, *Czy można usprawiedliwić dyskryminację pośrednią?*, SPPiPS 2001/2002, s. 239.

<sup>41</sup> Wyrok TSUE z dnia 13 maja 1986 r. *Bilka – Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* C-170/84, Zb. Orz. z 1986 r. s. 1607, dalej jako *Bilka*.

<sup>42</sup> Por. § 29–30 i 36 orzeczenia *Bilka*.

<sup>43</sup> J. Steiner, *The Principle of Equal Treatment for Men and Woman in Social Security*, [w:] T. Hervey, D. O’Keffe (red.), *Sex Equality Law in European Union*, Chichester 1996, s. 111–120.

Do analogicznych wniosków doszedł Trybunał w sprawie *Rinner – Kühn*<sup>44</sup>, w której stwierdził, że wykluczenie pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy z grupy pracowników uprawnionych do kontynuacji wypłaty wynagrodzenia za czas niezdolności do pracy w związku z chorobą stanowi formę dyskryminacji pośredniej. Wniosek Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oparty był na danych statystycznych, z których jasno wynikało, że działanie pracodawcy dotyka znacznie więcej kobiet aniżeli mężczyzn i nie może być usprawiedliwione kryteriami innymi aniżeli zabronione.

W sprawach *Bötel*<sup>45</sup>, *Lewark*<sup>46</sup> i *Freers*<sup>47</sup>, dotyczących wynagrodzeń wypłacanych pracownikom – członkom rad pracowniczych, za udział w szkoleniu organizowanym dla przedstawicieli pracowników w przedsiębiorstwach Trybunał również stwierdził istnienie dyskryminacji pośredniej. Zdaniem TSUE, pracodawca różnicując wysokość wynagrodzeń nie kierował się obiektywnie uzasadnionymi czynnikami a płcią pracowników i faktem przynależności przez nich do organów reprezentacji pracowniczej<sup>48</sup>.

Nieco inaczej kształtował się stan faktyczny rozpatrywany przez pracodawcę w sprawie *Danfoss*<sup>49</sup>. W niniejszym przypadku pracodawca wprowadził system wartościowania wynagrodzeń pracowników, niemniej jednak kryteria którymi się posłużył zostały uznane przez Trybunał za niejasne *ergo* ich analiza doprowadziła do konkluzji o stosowaniu przez pracodawcę dyskryminacji pośredniej.

Rozstrzygnięcia TSUE dotyczące dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć w wynagrodzeniu spowodowały zarysowanie się klarownej linii orzecniczej w tym zakresie. Poczynając od sprawy *Bilka* Trybunał konsekwentnie utrzymuje, że w sytuacji, gdy niekorzystny skutek dotyka w znacznym stopniu grupy składającej się w przeważającej ilości z jednej z płci, to wówczas unormowanie winno zostać uznane za dyskryminujące. Dopiero wykazanie przez pracodawcę, że rozróżnienie jest determinowane obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z dyskryminacją płciową, wówczas możliwe jest uwolnienie się od zarzutu dyskryminacji.

---

<sup>44</sup> Wyrok TSUE z dnia 13 lutego 1989 r. *Ingrid Rinner – Kühn v FWW Spezial-Gebaudereinigung GmbH & Co. KG* C-171/88, Zb. Orz. z 1989 r. s. 2743, dalej jako *Rinner – Kühn*.

<sup>45</sup> Wyrok TSUE z 4 lipca 1992 r. w sprawie *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. v Monika Bötel*, C-360/90, Zb. Orz. z 1992 s. 03589, dalej jako *Bötel*.

<sup>46</sup> Wyrok TSUE z 6 lutego 1996 r. w sprawie *Johanna Lewark v Kuratorium für Dialyse Und Nierentransplantation*, C-457/93, Zb. Orz. z 1996, s. 260, dalej jako *Lewark*.

<sup>47</sup> Wyrok TSUE z 7 marca 1996 r. w sprawie *Edith Freers and Hannelore Speckmann*, C-278/93, Zb. Orz. z 1996 s. 1165.

<sup>48</sup> P. Craig, G. De Burca, *op. cit.*, s. 890.

<sup>49</sup> Wyrok TSUE z dnia 17 października 1989 r. *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, C-109/88, Zb. Orz. z 1989 I-3199.

## Obiektywne różnicowanie a konstrukcja dyskryminacji pośredniej

Powołując się na konkluzję Trybunału poczynioną w sprawie *Jenkins*, różnicowanie pracowników nie zawsze musi prowadzić do stosowania dyskryminacji przez pracodawcę.

Na gruncie orzecznictwa zarysowała się metoda weryfikowania kryteriów stosowanych przez pracodawcę podczas różnicowania pracowników. W orzeczeniu *Bilka* Trybunał scharakteryzował trzy przesłanki jakie powinny być spełnione, aby konkretne postanowienie zostało uznane za niedyskryminujące. Po pierwsze, czynniki uzasadniające różnicowanie sytuacji pracowników nie mogą być w żaden sposób związane z płcią, po wtóre, musi zaistnieć wyraźna potrzeba zastosowania takiego rozróżnienia oraz po trzecie, czynniki te muszą być proporcjonalne i niezbędne dla osiągnięcia konkretnego celu przez pracodawcę. Spełnienie powołanych przesłanek prowadzi do uznania działań pracodawcy za usprawiedliwione. W literaturze przedmiotu niniejszy test określany bywa mianem „test for objective justification”<sup>50</sup>. Zdaniem S. Anderman’a, rozstrzygnięcie Trybunału w sprawie *Bilka*, zamiast chronić pracownika poszerza jedynie uprawnienia pracodawcy w zakresie kształtowania wysokości wynagrodzenia<sup>51</sup>.

Powyższe stanowisko w mojej ocenie nie zasługuje na aprobatę. Przyjęcie bowiem proponowanej koncepcji prowadziło do zabsolutyzowania znaczenia zasady równości i niedyskryminacji w dziedzinie wynagrodzeń i w znaczny sposób ograniczałoby możliwości pracodawcy do różnicowania, w ogóle, wysokości wynagrodzenia wypłacanego poszczególnym pracownikom. Co więcej, w sytuacji np.: problemów ekonomicznych, pracodawca zamiast dokonywać redukcji wynagrodzenia byłby zmuszony sięgać po bardziej drastyczne środki, w tym zwolnienia grupowe.

Abstrahując od oceny testu określonego przez TSUE w orzeczeniu *Bilka* szczegółowej analizie wymagają przesłanki tam określone. Po pierwsze, różnicowanie grup pracowników uznawane jest za usprawiedliwione, gdy nie jest w jakikolwiek sposób związane z płcią. Oznacza to, że katalog możliwości pracodawcy jest w tym przypadku nieograniczony, o ile zastosowanie konkretnego czynnika uzasadniającego różnicowanie nie pozwala na przyjęcie domniemania, że jest on zależny od płci pracownika. Po drugie, u danego pracodawcy musi zaistnieć wyraźna potrzeba zastosowania takiego rozróżnienia. Przesłanka ta wydaje się być dość niejasna. Uzasadniona potrzeba może być bowiem rozumiana różnie. Jak pokazuje dalsze orzecznictwo, zagadnienie to może być interpretowane dość szeroko, stwarzając tym samym pole do nadużyć po stronie pracodawcy. Trybu-

<sup>50</sup> R.C. Tobler, *Indirect Discrimination. A Case study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen–Oxford 2005, s. 195–196.

<sup>51</sup> S. Anderman, *Constitutional Law and Labour Law Dimensions of article 119: The Case of Justification for Indirect Discrimination*, [w:] J. Dine, B. Watts, *Discrimination Law. Concepts. Limitations and Justification*, London–New York 1996, s. 104.



nał winien wyraźnie scharakteryzować, co rozumie przez pojęcie „uzasadnionej potrzeby” gdyż w zależności od kontekstu sytuacyjnego zagadnienie to może być rozumiane wielorako. Niemniej jednak, do niniejszej grupy należy, w mojej ocenie, zaliczyć czynniki o charakterze ekonomicznym. Ostatnią, trzecią przesłanką jaka musi być spełniona, aby uznać określone działanie za zgodne z prawem jest proporcjonalność i niezbędność działań podjętych przez pracodawcę. W mojej ocenie, czynniki te winny być rozumiane jako takie działania, bez podjęcia których pracodawca poniesie znaczne straty (czy to o charakterze materialnym czy niematerialnym) i w takim samym stopniu dotyczące obydwie grupy, które podlegają porównaniom. Z kolei w literaturze termin „proporcjonalność” rozumiany jest jako pozostający w proporcji do celu, który pracodawca chce osiągnąć<sup>52</sup>. Jeśli chodzi o „rzeczywiste potrzeby pracodawcy” pojęcie to rozumiane jest szeroko, zarówno jako potrzeby dotyczące danego stanowiska jak i potrzeby dotyczące przedsiębiorstwa<sup>53</sup>.

Mimo jasno sprecyzowanych kryteriów, nie każdy przypadek rozstrzygany przez Trybunał pozwala na ich zastosowanie. Orzeczeniem ilustrującym niniejsze stwierdzenie jest wyrok *Rinner – Kühn*<sup>54</sup>, w którym kwestie sporne nie dotyczyły reguł stosowanych przez pracodawcę, a unormowań prawa krajowego. Wprawdzie Trybunał zastąpił sformułowanie „rzeczywiste potrzeby pracodawcy” zwrotem „konieczne cele polityki społecznej”. Na uwagę w niniejszej sprawie zasługują argumenty powołane przez Adwokata Generalnego Darmon’a<sup>55</sup>, który stanowczo przestrzegął Trybunał przed wykorzystywaniem do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy wzorca określonego w *Bilka*. Zdaniem AG, możliwość przyjęcia domniemania, że system prawa krajowego jest niekompatybilny z regulacjami wspólnotowymi, nie pozwala na przyjęcie istnienia dyskryminacji, chyba że przedmiotowy stan rzeczy bezpośrednio przedkładałby się na treść umów, bądź praktykę stosowaną w przedsiębiorstwie<sup>56</sup>. Pomimo zaprezentowanej oceny Adwokata Generalnego, Trybunał stwierdził, że to na państwie członkowskim spoczywa obowiązek wykazania, że przyjęte rozwiązania są stosowane w celu realizacji określonej polityki społecznej oraz, że są one niezbędne i uzasadnione dla osiągnięcia niniejszego celu.

Podsumowując orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w dziedzinie dyskryminacji pośredniej w wynagradzaniu należy stwierdzić, że dla

<sup>52</sup> T. Hervey, *Justification for Sex Discrimination*, London 1993, s. 61.

<sup>53</sup> M. Wandzel, *op. cit.*, s. 243. Autor wskazuje, że w orzecznictwie TSUE za uzasadnione uznaje się wykorzystanie kryteriów opartych na „elastyczności”, „mobilności”, „stopniu wykształcenia zawodowego” i „sile fizycznej”.

<sup>54</sup> Wyrok TSUE z dnia 13 lutego 1989 r. *Ingrid Rinner – Kühn v FWW Spezial-Gebaudereinigung GmbH & Co. KG* C-171/88, Zb. Orz. z 1989 r., s. 2743.

<sup>55</sup> Opinia Adwokata Generalnego Darmon’a w sprawie *Ingrid Rinner – Kühn v FWW Spezial-Gebaudereinigung GmbH & Co. KG* C-171/88, doręczona dnia 19 kwietnia 1989 r., Zb. Orz. z 1989 r., s. 2743.

<sup>56</sup> A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford 2004, s. 119.

odsunięcia od siebie zarzutu stosowania praktyk o niezgodnym z prawem charakterze pracodawca winien wykazać spełnienie trzech przesłanek. Po pierwsze, czynniki uzasadniające różnicowanie sytuacji pracowników nie mogą być w żaden sposób związane z płcią, po wtóre, musi zaistnieć wyraźna potrzeba zastosowania takiego rozróżnienia oraz po trzecie, czynniki te muszą być proporcjonalne i niezbędne dla osiągnięcia konkretnego celu przez pracodawcę. Niniejsze wymogi winny być spełnione łącznie, niemniej jednak są one rozpatrywane odrębnie.

W odniesieniu do czynników uzasadniających różnicowanie na szczeblu unormowań krajowych Trybunał za usprawiedliwione uznaje kryterium „celu polityki społecznej”. Niniejszemu testowi zostały poddane argumenty podnoszone przez państwa członkowskie w sprawach *Botel*, *Lewark* czy *Seymour-Smith*.

## Wnioski końcowe

**A**naliza problematyki dyskryminacji w zatrudnieniu wymaga w pierwszej kolejności poczynienia kilku uwag natury ogólnej. Przede wszystkim, należy zauważyć, że stwierdzenie, czy konkretne zachowanie pracodawcy nosi znamiona dyskryminacji wymaga określenia kryterium, w oparciu o które dokonywane będzie różnicowanie pracowników. Po wtóre, wymaga określenia, czy pracownicy znajdują się w takiej samej lub porównywalnej sytuacji.

Jak już sygnalizowano powyżej, problematyka usprawiedliwionego różnicowania sytuacji pracowników w odniesieniu do problematyki dyskryminacji bezpośredniej nie była tematem szczegółowych rozważań Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, niemniej jednak analiza orzecznictwa TSUE pozwala na wskazanie argumentów, jakie może przytoczyć pracodawca chcąc uwolnić się od zarzutu stosowania dyskryminacji bezpośredniej. Po pierwsze, pracodawca powinien wykazać, że porównywani pracownicy nie znajdują się w takiej samej bądź porównywalnej sytuacji. Przenosząc rozważania na płaszczyznę zagadnienia dyskryminacji ze względu na płeć w zakresie wynagradzania, należy wskazać, że analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej prowadzi do wniosku, że pracodawca chcąc usprawiedliwić swoje zachowanie może posłużyć się trzema argumentami. Po pierwsze, może odwołać się do reguły ogólnej i wykazać, że pracownicy nie znajdują się w takiej samej bądź porównywalnej sytuacji, czyli nie świadczą pracy równej bądź pracy równej wartości. Po wtóre, pracodawca może również wykazywać, że różnicowanie pracowników odbywa się w ramach tzw. pozytywnych akcji.

Przechodząc do analizy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w dziedzinie dyskryminacji pośredniej w wynagradzaniu należy stwierdzić, że dla odsunięcia od siebie zarzutu stosowania praktyk o niezgodnym z prawem charakterze pracodawca winien wykazać spełnienie trzech przesłanek. Po pierwsze, czynniki uzasadniające różnicowanie sytuacji pracowników nie

mogą być w żaden sposób związane z płcią, po wtóre, musi zaistnieć wyraźna potrzeba zastosowania takiego rozróżnienia oraz po trzecie, czynniki te muszą być proporcjonalne i niezbędne dla osiągnięcia konkretnego celu przez pracodawcę. Pomimo dość klarownego sformułowania powyższych przesłanek należy jednak wskazać, że są one mało precyzyjne i wymagają dalszego uszczegółowienia w orzecznictwie.

## **OBIEKTYWNE RÓŻNICOWANIE PRACOWNIKÓW A SPRAWY Z ZAKRESU DYSKRYMINACJI PŁACOWEJ ZE WZGLĘDU NA PŁEĆ**

### **Streszczenie**

Przedmiotem niniejszej pracy jest analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie dotyczącym dyskryminacji płacowej ze względu na płeć i odpowiedź na pytanie, jakie przesłanki muszą zostać spełnione, aby zachowanie pracodawcy nie zostało uznane za dyskryminujące. Szczegółowemu badaniu poddano orzeczenia TSUE z zakresu zagadnienia zasady równego traktowania bez względu na płeć w zakresie wynagrodzenia. W artykule zawarto również kilka uwag natury ogólnej, dotyczących konstrukcji prawnej zagadnienia dyskryminacji, w tym dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej w aktach prawa wspólnotowego oraz relacji zasady niedyskryminacji do zasady równości. Analiza prezentowanego zagadnienia prowadzi do wyodrębnienia przesłanek, które powinien spełnić pracodawca, aby jego zachowanie nie zostało uznane za dyskryminujące pracownika. Warunki te kształtują się różnie, w zależności do postaci dyskryminacji.

Słowa kluczowe: *dyskryminacja, dyskryminacja bezpośrednia, dyskryminacja pośrednia, dyskryminacja ze względu na płeć, prawo pracy*

## **OBJECTIVE DIFFERENTIATION OF EMPLOYEES VS. WAGE DISCRIMINATION BASED ON A PERSON'S SEX**

### **Summary**

The article analyses the judgments of the European Court of Justice in cases of wage discrimination based on a person's sex and answers the question under what conditions the employer's behaviour will not be recognised as discriminatory. The judgment of the European Court of Justice on equal treatment in the field of remuneration for work regardless of a person's sex is subject to special examination. The

3/2015

article also contains a few general comments on the legal construction of the issue of discrimination, including direct and indirect discrimination in the EU law, and the relationship between non-discrimination and the principle of equality. The analysis of the presented issue results in the selection of conditions that an employer must fulfil not to be deemed to discriminate against an employee. The conditions vary depending on the type of discrimination.

Key words: *discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, sex-based discrimination*

## **LA DIFFÉRENCIATION OBJECTIVE DES EMPLOYÉS CONTRE LES CAS DE LA DISCRIMINATION DU SALAIRE PAR RAPPORT AU SEXE**

### **Résumé**

Le sujet de cet article concerne l'analyse de la jurisprudence du Tribunal de la Justice de l'Union européenne dans le cadre de la discrimination du salaire en égard au sexe ainsi que la réponse à la question quelles prémisses doivent être accomplies pour que le comportement de l'employeur ne soit pas traité comme discrimination. On a examiné particulièrement les décisions du Tribunal de la Justice de l'Union européenne dans le cadre du principe du traitement égal de chaque sexe au sujet du salaire. Dans cet article on a mentionné aussi des remarques générales concernant la construction juridique de la question de la discrimination, y compris la discrimination directe et indirecte dans les actes de la loi commune ainsi que la relation entre le principe de nondiscrimination et le principe d'égalité. L'analyse de la question présentée mène à distinguer les prémisses que l'employeur doit accomplir pour que son comportement ne soit pas traité comme discrimination de l'employé. Ces conditions se présentent différemment, ce qui dépend de la façon de discrimination.

## **ОБЪЕКТИВНАЯ ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ РАБОТНИКОВ И ВОПРОСЫ, КАСАЮЩИЕСЯ ДИСКРИМИНАЦИИ ПРИ ОПЛАТЕ ТРУДА ПО ПОЛОВОЙ ПРИНАДЛЕЖНОСТИ**

### **Резюме**

Предметом настоящего исследования является анализ судебной практики Суда Европейского Союза в сфере, касающейся дискриминации в оплате труда по половой принадлежности, а также ответ на вопрос, какие предпосылки должны

быть выполнены для того, чтобы действия работодателя не было признано дискриминирующим. Детально рассмотрены судебные решения Европейского суда в отношении вопроса о принципе равного обращения независимо от половой принадлежности при распределении оплаты труда. Статья содержит также несколько замечаний общего характера, касающихся правовой структуры вопроса о дискриминации, в частности, прямой и косвенной дискриминации в актах европейского законодательства, а также отношения принципа недискриминации к принципу равенства. Анализ представленной проблемы позволил выдвинуть предпосылки, которые должен выполнять работодатель, чтобы его действия не были признаны дискриминирующими для работника. Эти условия сформулированы по-разному, в зависимости от формы дискриминации.