

Dr. hab. Krzysztof Ślebzak

Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego
Katedra Prawa Pracy i Prawa Socjalnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im.
Adama Mickiewicza w Poznaniu

Scope of EU antidiscrimination law and definitions of key concepts (direct discrimination, indirect discrimination, harassment)

1. Pojęcie antydyskryminacyjnego prawa Unii Europejskiej w zakresie prawa pracy

Wstępnie rzecz ujmując pod pojęciem antydyskryminacyjnego prawa Unii Europejskiej należy rozumieć wyrażone *explicite* albo *implicite* zakazy dyskryminacji bądź nakazy równego traktowania (nakazy równości) wyrażone zarówno w prawie pierwotnym, jak i wtórnym. Przedmiotem niniejszego wystąpienia jest prezentacja zagadnień związanych z zakazem dyskryminacji oraz nakazem równego traktowania w zakresie prawa pracy, ze szczególnym uwzględnieniem dyrektywy Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne¹, dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy² oraz dyrektywy 2006/54/WE z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzania w życie zasady równości szans i równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana).³ Mimo że ostatnia z wymienionych dyrektyw nie jest objęta tytułem konferencji, jej pominięcie nie wydaje się celowe z dwóch powodów. Po pierwsze posługuje się ona podobnymi pojęciami i konstrukcjami prawnymi w zakresie dyskryminacji, co pozostałe dyrektywy. Po drugie akty prawne, obowiązujące przed wejściem w życie dyrektywy 2006/54 były przedmiotem wielu analiz w piśmiennictwie, jak i rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Dorobek ten może, a nawet powinien być zatem wykorzystany przy omawianiu dyrektyw 2000/46 oraz 2000/78, ponieważ determinuje rozumienie określonych kwestii na gruncie tych aktów prawnych.

¹ 2000/43/WE, Dz. U. UE. L. 00.180.22

² 2000/78/WE, Dz. U. UE. L. 00. 303/16

³ 2006/54/WE, Dz. U. UE. L. 06.2004.23

1.1. Prawo pierwotne

Z punktu widzenia pierwotnego prawa Unii Europejskiej odnoszącego się do prawa zatrudnienia wskazać należy na unormowania o dwojakim charakterze. Pierwsze z nich wyrażają zakaz dyskryminacji *expressis verbis*. Drugie natomiast są normami kompetencyjnymi, na podstawie których podejmowane są działania prawne mające na celu zwalczanie dyskryminacji czy dążenie do równego traktowania. Odrębną kwestią jest natomiast obowiązywanie na gruncie prawa Unii Europejskiej aktów prawa międzynarodowego, czy Rady Europy, w szczególności w kontekście odwołania zawartego w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Sprawia to, że dodatkowo można mówić o zakazach konkurencji wynikających z tych aktów prawnych.

Jeśli chodzi o prawo traktatowe, to wskazać trzeba na art. 157 TFUE (141 TWE), który nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewniania stosowania zasady równości wynagrodzeń dla pracowników płci męskiej i żeńskiej za taką samą pracę lub pracę o takiej samej wartości. Równość wynagrodzenia bez dyskryminacji ze względu na płeć oznacza, że: 1) wynagrodzenie przyznane za taką samą pracę na akord jest określane na podstawie takiej samej jednostki miary oraz 2) wynagrodzenie za pracę na czas jest takie samo na tym samym stanowisku. Jednocześnie w art. 141 ust. 3 zawarto kompetencję dla Parlamentu Europejskiego i Rady, zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, do przyjmowania środków zmierzających do zapewnienia stosowania zasady równości szans i równości traktowania mężczyzn i kobiet w dziedzinie zatrudnienia i pracy, w tym zasadę równości wynagrodzeń za taką samą pracę lub pracę takiej samej wartości. W orzecznictwie TSUE dość szybko uznano, że art. 141 TWE nakazujący równe wynagradzanie pracowników bez względu na płeć ma nie tylko cel gospodarczy, ale również socjalny. Stąd też przyjęto, że zakaz dyskryminacji wyrażony w tym przepisie stanowi podstawę funkcjonowania Wspólnoty⁴ i wyraża prawo podstawowe Unii Europejskiej.⁵

Zakaz dyskryminacji został również wyrażony w art. 18 TFUE (ex art. 12 TWE), w którym za kryterium dyskryminujące uznano obywatelstwo Unii Europejskiej. W zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależności państwową. Sformułowanie „bez uszczerbku” wydaje się wskazywać na subsydiarny charakter przedmiotowego zakazu wobec

⁴ wyrok TSUE: z dnia 8 kwietnia 1976, 43/75, *Defrenne II*, ECR 1976/3/00455; z dnia 10 lutego 2000 r., C-270/97 i C-271/97, *Siebers i Schrage*, ECR 2000/2/I-00929; z dnia 13 stycznia 2004 r., C-256/01, *Allonby*, ECR 2004/1B/I-00873

⁵ wyrok TSUE z dnia 9 września 2003 r., C-25/02, *Rinke*, ECR 2003/8-9A/I-08349

szczegółowych zakazów dyskryminacji wynikających z innych przepisów traktatu.⁶ Jednocześnie Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą przyjąć wszelkie przepisy w celu zakazania dyskryminacji ze względu na obywatelstwo.

Natomiast wraz z wejściem w życie Traktatu Amsterdamskiego została stworzona w art. 13 ust. 1 TWE (aktualnie z 19 ust. 1 TFUE) szczególna norma kompetencyjna, która rozszerzyła zakres potencjalnych uregulowań antydyskryminacyjnych. Od tego momentu dopuszczalne stało się uchwalanie prawa antydyskryminacyjnego nie tylko ze względu na płeć, ale również rasę, pochodzenie etniczne, religię, przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Można zatem stwierdzić, że problematyka równego traktowania stała się priorytetową dziedziną wspólnotowego prawa zatrudnienia.⁷

W świetle powyższych unormowań można byłoby, zatem sformułować tezę, że regulacje prawa pierwotnego mogą stanowić podstawę do wyinterpretowania zakazu dyskryminacji jako zasady pierwotnego prawa unijnego (w szczególności w zakresie równego kształtowania wynagrodzenia ze względu na płeć, na co zwracał uwagę TSUE⁸). Inną natomiast kwestią jest określenie prawnego charakteru tak rozumianej zasady, czy mamy do czynienia z zasadą, z której można wywieść konkretne prawa i obowiązki (w szczególności przysługujące określonym podmiotom – osobom fizycznym), czy też jest to zasada o charakterze hermeneutycznym, która może być stosowana w celu interpretacji prawa wtórnego i w tym sensie rozumiana jak nakaz optymalizacyjny.⁹

1.2. Prawo wtórne

Jeśli chodzi o zakazy dyskryminacji wyrażone w prawie wtórnym, to w perspektywie historycznej, jako pierwsza pojawiła się dyrektywa Rady z dnia 10 lutego 1975 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących stosowania zasady równości wynagrodzeń dla kobiet i mężczyzn (75/117/EWG).¹⁰ Miała ona na celu – w odniesieniu do kształtowania wynagrodzenia - realizację zakazu dyskryminacji wyrażonego w art. 141 TWE (aktualnie art. 157 TFUE). Ponieważ zakaz dyskryminacji był również wyrażony wprost w przedmiotowej regulacji, powoływana dyrektywa nie miała, z punktu widzenia normatywnego uzasadniania zakazu dyskryminacji w odniesieniu do wynagrodzenia,

⁶ wyrok TSUE z dnia 12 maja 1998 r., C-336/96, *Gilly*, ECR 1998/5/I-02793

⁷ L. Mitrus, *Wpływ regulacji wspólnotowych na polskie prawo pracy*, Kraków 2006

⁸ Wyrok TSUE z dnia 11 lipca 2006 r., C-13/05, *Chacón Navas*, ECR 2006/7A/I-06467; z dnia 22 listopada 2005 r., C-144/04, *Mangold*, ECR 2005/11/I-09981

⁹ K. Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht*, Heidelberg 2009, s. 171 oraz powoływana tam literatura

¹⁰ 75/117/EWG, Dz. U. UE. L. 75. 45. 19

praktycznego znaczenia, ponieważ TSUE wywodził przedmiotową zasadę z art. 141 TWE.¹¹ W późniejszym czasie uchwalane były również kolejne dyrektywy: 1) z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn i w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (76/207/EWG)¹²; 2) z dnia 24 lipca 1986 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w systemach zabezpieczenia społecznego (86/378/EWG)¹³ oraz 3) z dnia 15 grudnia 1997 r. dotyczącą ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć.¹⁴

Z kolei w 2000 r. zostały, w oparciu o art. 19 TFUE wydane dwie kolejne dyrektywy, w których uregulowano kwestię dyskryminacji ze względu na inne przyczyny. Chodzi tutaj o wspomniane na wstępie dyrektywę 2000/43 oraz dyrektywę 2000/78. Przedmiotowe akty prawne istotnie rozszerzyły przedmiotowy zakres kryteriów dyskryminujących. Na uwagę zasługuje również uchwalona w 2004 r. dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług.¹⁵

W powyższym świetle można stwierdzić, że tak znaczna liczba dyrektyw odnoszących się do problematyki zakazu dyskryminacji i równego traktowania doprowadziła do braku przejrzystości uregulowań prawnych, co skłoniło do podjęcia działań zmierzających do konsolidacji zagadnień wynikających z powoływanych wyżej aktów normatywnych. Doszło do tego częściowo, w 2006 r., kiedy to uchwalono dyrektywę 2006/54. Jednocześnie uchylili ona wymienione wyżej dyrektywy 75/117, 76/207, 97/80 oraz 86/378.

W powyższym świetle trzeba zatem przyjąć, że w obrębie prawa wtórnego odnoszącego się do szeroko rozumianego prawa pracy mamy do czynienia z trzema podstawowymi aktami prawnymi, które formułują zakaz dyskryminacji bądź nakaz równego traktowania w kontekście: 1) równego traktowania ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (2000/78), 2) równego traktowania bez względu na pochodzenie rasowe i etniczne (2000/43) oraz 3) równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia, w tym w szczególności wynagrodzenia (2006/54).

¹¹ wyrok TSUE z dnia 14 grudnia 1993 r., C-110/91, *Moroni*, ECR 1993/12/I-06591; z dnia 31 marca 1981 r., 96/80, *Jenkins*, ECR 1981/3/00911; z dnia 17 maja 1990 r., C-262/88, *Barber*, ECR 1990/5/I-01889; z dnia 26 czerwca 2001 r., C-110/91, *Brunnhofner*, ECR 1993/12/I-06591

¹² 76/207/EWG, Dz.U.UE.L.76.39.40

¹³ 86/378/EWG, Dz. U. UE. L. 86.225.40

¹⁴ 97/80/WE, Dz. U. UE. L. 98. 14. 6

¹⁵ 2004/113/WE, Dz. U. UE. L. 04. 373.37

2. Cel antydyskryminacyjnego prawa EU

Porównując deklarowane przez prawodawcę cele, które zostały wyrażone odpowiednio w art. 1 każdej z omawianych dyrektyw należy je uzupełnić o motywy wynikające z preambuł. W zasadzie można uznać, że przedmiotowe akty prawne zostały wprowadzone ze względu na: 1) potrzebę zachowania przejrzystości dotychczasowych unormowań odnoszących się do równego traktowania kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu, w szczególności w zakresie wynagrodzenia (2006/54), 2) wolę uznania kwestii równego traktowania w procesie zatrudniania jako prawa podstawowego i prawa człowieka w rozumieniu konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz wynikających z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich, jak również wkład w osiągnięcie wysokiego poziomu zatrudnienia i ochrony socjalnej, podnoszenia poziomu i jakości życia, a także spójności gospodarczej i społecznej, solidarności i swobodnego przepływu osób (2000/78) oraz 3) uznanie równego traktowania bez względu na pochodzenia rasowe i etniczne jako prawa podstawowego i prawa człowieka, co ma również na celu doprowadzenie do wysokiego poziomu zatrudnienia i opieki społecznej, wzrostu poziomu jakości życia, spójności gospodarczej społecznej i solidarności oraz rozwoju Unii Europejskiej jako przestrzeni wolności bezpieczeństwa i sprawiedliwości (2000/43). Z porównania przywoływanych motywów wynika, że o ile dyrektywa 2006/54 służy w pierwszej kolejności realizacji celów gospodarczych, które skądinąd są pierwotnymi celami Unii Europejskiej, o tyle w dwóch pozostałych aktach prawnych na czoło wysuwa się aspekty uznania prawa do niedyskryminowania czy też równego traktowania jako podstawowego prawa człowieka. W piśmiennictwie stwierdza się, że w ten sposób tworzone są podstawy do wyodrębnienia europejskiego prawa socjalnego¹⁶, o charakterze harmonizującym¹⁷, a nie tylko koordynującym. Niezależnie od tego pojawia się jednak szereg problemów szczegółowych dotyczących zarówno charakteru wspomnianych dyrektyw, jak również relacji zakazu dyskryminacji w wynagrodzeniu wyrażonym w dyrektywie 2006/54 do tego sformułowanego w art. 157 TFUE. Sprawia to, że kwestia ustalenia normatywnej treści poszczególnych zakazów dyskryminacji staje się złożona. Trudno również jednoznacznie określić, czy dyrektywy 2000/78 oraz 2000/43 wyznaczają tylko ogólne ramy do walki z dyskryminacją (na to wskazywałaby treść art. 1 ust. 2 obu z nich, stanowiący, że celem jest „wyznaczenie ram do walki z dyskryminacją” ze względu na określone kryteria), czy też są samodzielnym

¹⁶ M.S. Bell, *Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive*, ELJ 8 (2002), 384

¹⁷ E. Eichenhofer, *Sozialrecht der Europäischen Union*, Berlin 2006, s. 41

źródłem zakazu dyskryminacji. Wskazuje na to orzeczenie w sprawie Mangold¹⁸, w której TSUE stwierdził, że dyrektywa 2000/78 nie jest źródłem zasady niedyskryminacji. Przedmiotowe orzeczenie spotkało się z krytyką rzeczników generalnych w kolejnych sprawach.¹⁹ Podobne poglądy można również odnaleźć w doktrynie.²⁰ Natomiast w późniejszym orzecznictwie TSUE zauważa się odejście od argumentacji zaprezentowanej w sprawie Mangold.²¹ Jednocześnie w nowych judykatach podejmuje się problematykę dotyczącą horyzontalnego skutku dyrektywy, jak i charakteru zakazu dyskryminacji oraz jego źródeł. Wydaje się, że zarówno z preambuły (pkt 12), jak i art. 2 ust. 1 i art. 1 dyrektywy 2000/78, interpretowanymi w kontekście historycznym można byłoby źródła zakazu konkurencji poszukiwać bez trudu w przepisach dyrektyw, co znajduje również oparcie w szeregu wypowiedzi w doktrynie.²² Argumentację tę można byłoby równie dobrze stosować do zakazu konkurencji wynikającego z dyrektywy 2000/43. Prowadziłoby to więc do wniosku, że bez względu na spory o treść art. 19 TFUE (a zatem czy jest to tylko norma kompetencyjna czy też samoistne źródło zakazu konkurencji przyznające prawo podmiotowe), podmiotowe prawo do niedyskryminacji o określonej treści normatywnej należałoby wywodzić z zakazów konkurencji wyrażonych w dyrektywach 2000/78 oraz 2000/43 dla wskazanych tam kryteriów dyskryminujących.

Natomiast jeśli chodzi o dyrektywę 2006/54, to niewątpliwie prawodawca unijny nie poradził sobie z uporządkowaniem poszczególnych aspektów zakazu konkurencji, czego dowodzi chociażby fakt, że zakaz dyskryminacji w wynagrodzeniu pojawia się w dwóch miejscach dyrektywy (art. 4 i art. 14 ust. 1 lit c).²³

Odrębny problem stanowi również zachowanie zasad poprawnej legislacji przy uchwalaniu omawianych dyrektyw. Trudno nie odnieść wrażenia, że zarówno z językowego, jak i systemowego punktu widzenia treść przedmiotowych aktów prawnych pozostawia wiele do życzenia, czego skutkiem jest trudność w ich zrozumieniu oraz problemy z wykładnią. Wpływa to na wspomnianą wyżej kwestię ustalania dla określonych adresatów omawianych

¹⁸ wyrok TSUE z dnia 22 listopada 2005 r., C-144/04, *Mangold*, ECR 2005/11/I-09981

¹⁹ por. wystąpienie: rzecznik generalny L.A. Geelhoed, wnioski z dnia 16 marca 2006, C-13/05, *Chacón Navas*, ECR 2006/7A/I-06467; rzecznik generalny J. Mazák, wnioski z dnia 15 lutego 2007, C-411/05; *Palacios de la Villa*, ECR 2007/10A/I-08531

²⁰ K. Riesenhuber, „Mangold” verabschiedet, in: Hanua/Hau/Rohe, *Gegen den Strich – Festschrift für Klaus Adomeit*, 2008, s. 631-644

²¹ wyrok z dnia 19 stycznia 2010 r., C-555/07, *Kücükdeveci*, www.eur-lex.europa.eu; wyrok z dnia 11 lipca 2006 r., C-13/05, *Chacón Navas*, ECR 2006/7A/I-06467

²² F. Temming, *Altersdiskriminierung im Arbeitsleben – Eine rechtsmethodische Analyse*, 2008, s. 393 i nast.; podobnie E. Muir, *Enhancing the Effects of Community Law on National Employment Policies; the Mangold Case*, ELR 31 (2006), s. 871 i nast.; U. Preis, *Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht*, NZA 2006, 401-410

²³ por. K. Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht*, op. cit., s. 212

aktów prawnych wystarczająco skonkretyzowanych praw i obowiązków. Stąd też problem normatywnej treści poszczególnych zakazów konkurencji wydaje się nadal otwarty.

3. Zakres antydyskryminacyjnego prawa UE

3.1. Zakres podmiotowy

Jeśli chodzi o zakres podmiotowy omawianych aktów normatywnych to został on identycznie określony w dyrektywach 2000/78 oraz 2000/43. Pokrywa się on również z zakresem wyznaczanym dyrektywą 2006/43. Zgodnie z art. 3 ust. 1 dwóch pierwszych z wymienionych aktów prawnych stosuje się je do „wszystkich osób, zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi”. Dalsza część tego przepisu wskazująca w odniesieniu do jakich elementów przedmiotowych stosuje się omawiane unormowania dowodzi, że chodzi o szeroko rozumiane zatrudnienie (art. 3 ust. 1 lit a-d obu dyrektyw) oraz świadczenia socjalne (art. 3 ust. 1 lit e-h dyrektywy 2000/43). W tym kontekście zakres podmiotowy wyznacza w pierwszej kolejności pojęcie pracownika, podobnie zresztą, jak w dyrektywie 2006/43. Wprawdzie mowa w niej *expressis verbis* o mężczyznach i kobietach (art. 1 zdanie 1), lecz odniesienie się do dziedziny zatrudnienia i pracy, dowodzi, że chodzi o kobiety i mężczyznę będących pracownikami (bądź kandydatami na pracownika).

We wszystkich dyrektywach pojęcie pracownika nie zostało jednak zdefiniowane. Wykładnia prawa UE, znajdująca swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie TSUE nakazuje przyjąć, że termin ten ma charakter autonomiczny i należy mu nadawać treść wynikającą z przepisów prawa Unii Europejskiej, a nie z przepisów poszczególnych porządków krajowych państw członkowskich. Punktem wyjścia jest art. 45 TFUE (ex art. 39 TWE), w którym zagwarantowana jest swoboda przepływu pracowników. To właśnie w oparciu o tę regulację TSUE formułował definicję pracownika w rozumieniu prawa unijnego. Termin ten rozumiany jest bardzo szeroko. Pracownikiem jest więc osoba fizyczna, która świadczy na rzecz innego podmiotu określoną pracę mającą wymiar ekonomiczny²⁴, pozostając pod kierownictwem tego podmiotu i otrzymując w zamian wynagrodzenie²⁵. Rodzaj stosunku zatrudnienia, czy

²⁴ wyrok TSUE z dnia 12 grudnia 1974 r., 36/74, *Walrave i Koch*, ECR 1974/8/01405; z dnia 31 maja 1989 r., 344/87, *Bettray*, ECR 1989/5/01621

²⁵ wyrok TSUE z dnia 3 lipca 1986 r., 66/85, *Lawrie-Blum*, ECR 1986/7/02121 ; z dnia 2 lutego 1992 r., C-357/89, *Raulin*, ECR 1992/2/I-01027; z dnia 23 marca 2004 r.; C-138/02, *Collins*, ECR 2004/3B/I-02703 ; z dnia 7 września 2004, C-456/02, *Trojani*, ECR 2004/8-9A/I-07573; z dnia 17 marca 2005 r., C-109/04, *Krenemann*, ECR 2005/3B/I-02421; z dnia 17 lipca 2008 r., C-94/07, *Raccanelli*, www.eur-lex.europa.eu

służbowego, jak i jego prawna podstawa nie odgrywa przy tym roli.²⁶ Pojęciem pracownika objęci są również urzędnicy i to zarówno wyższego, jak i niższego szczebla wykonujący pracę w ramach stosunku publicznoprawnego. W tym ostatnim kontekście za pracowników mogą zostać również uznani funkcjonariusze służb mundurowych. Także pracownicy sezonowi, przygraniczni, praktykanci oraz osoby zarządzające są pracownikami. Dla kwalifikacji danej osoby jako pracownika nie ma znaczenia wysokość otrzymywanego wynagrodzenia, rodzaj umowy, na podstawie której świadczona jest praca czy czas trwania umowy. Istotne jest jedynie, aby praca była wykonywana odpłatnie.

Posługiwanie się pojęciem pracownika w rozumieniu prawa unijnego ma sens, nie tylko ze względu na konieczność uwzględnienia dotychczasowego orzecznictwa TSUE, ale również dlatego, że obowiązek niedyskryminacji w zatrudnieniu, wynikający z prawa pierwotnego i wtórnego odnosi się do szeroko pojętego zatrudnienia, a to z kolei bywa różnie realizowane w poszczególnych państwach członkowskich. Stąd też nie jest zasadne na gruncie dyrektyw różne definiowanie pojęcia pracownika.

Jednocześnie warto zauważyć, że dyrektywy 2000/78, 2000/43 oraz 2006/54 odnoszą się również do prowadzenia działalności na własny rachunek, jak i do wykonywania zawodu, przy czym chodzi tutaj o zakaz dyskryminacji w kontekście warunków dostępu. Podmiotowy zakres omawianych aktów prawnych jest zatem znacznie szerszy obejmujący nie tylko pracowników w rozumieniu prawa unijnego. W tym kontekście interesujący problem dotyczy dyskryminacji związanej z pozornym prowadzeniem działalności w formie tzw. samozatrudnienia. Nie należy mieć wątpliwości, że nakaz równego traktowania odnosi się on również do takich sytuacji, w których pracodawca wymusza prowadzenie działalności na własny rachunek na potencjalnych kandydatach na pracowników ze względu na określone kryterium dyskryminacyjne. Poszerzenie zakresu podmiotowego dyrektyw o osoby prowadzące działalność gospodarczą oraz o problematykę dostępu do zawodu dowodzi, że europejskie prawo pracy jest *de facto* prawem zatrudnienia, odchodzącym od wąsko rozumianego stosunku pracy. Jest to zresztą logiczne jeśli uwzględnić, że promowanie aktywności zawodowej bez względu na jej formę jest celem Unii Europejskiej i właściwie każdego państwa członkowskiego ze względu na istniejący, właściwie od czasów rewolucji przemysłowej, ustrój pracy opierających się na pozyskiwaniu środków utrzymania z pracy własnych rąk.

²⁶ wyrok TSUE z dnia 7 września 2004 r., C-456/02, *Trojani*, ECR 2004/8-9A/I-07573; z dnia 2 lutego 1992 r., C-357/89, *Raulin*, ECR 1992/2/I-01027

3.2. Zakres przedmiotowy

Zakres przedmiotowy omawianych dyrektyw został unormowany w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2000/43 i art. 2000/78 oraz art. 1 dyrektywy 2006/43. *Prima facie* mogłoby się wydawać, że najwęższy zakres przedmiotowy ma ostatni z wymienionych aktów prawnych ponieważ dotyczy on wyłącznie „zatrudnienia i pracy” (art. 1 ust. 1 zdanie 1) w odniesieniu do: 1) dostępu do zatrudnienia, w tym awansu zawodowego i szkolenia zawodowego, 2) warunków pracy, w tym wynagrodzenia oraz 3) systemów zabezpieczenia społecznego pracowników. Jednakże art. 5, 7 i 14 konkretyzują ten zakres tak dalece, że staje się on znacznie szerszy.

Co się tyczy natomiast dyrektyw 2000/78 oraz 2000/4, to obejmują one: 1) warunki dostępu do zatrudnienia lub pracy na własny rachunek, w tym również do kryteriów selekcji i warunków rekrutacji, niezależnie od dziedziny działalności i na wszystkich szczeblach hierarchii zawodowej, również w odniesieniu do awansu zawodowego; 2) dostęp do wszystkich rodzajów i szczebli poradnictwa zawodowego, kształcenia zawodowego, doskonalenia i przekwalifikowania zawodowego, łącznie ze zdobywaniem praktycznych doświadczeń; 3) warunki zatrudnienia i pracy łącznie, z warunkami zwalniania i wynagradzania; 4) członkostwo i działanie w organizacjach pracowników lub pracodawców bądź jakiegokolwiek organizacji, której członkowie wykonują określony zawód, łącznie z korzyściami, jakie dają tego typu organizacje (dyrektywa 2000/78). Z kolei dyrektywa 2000/43, w porównaniu z 2000/78, rozszerzyła zakres przedmiotowy o: 1) ochronę społeczną, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną, 2) świadczenia społeczne, 3) edukację oraz 4) dostęp do dóbr i usług oraz dostarczanie dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem, przy czym językowo rzecz ujmując wyłączyła z równego traktowania „uprawianie zawodu” (art. 3 ust. 1 lit. a)). Z kolei w dyrektywie 2000/54 bardzo szczegółowo został określony zakres przedmiotowy zabezpieczenia społecznego, który obejmuje: chorobę, inwalidztwo, starość, w tym wcześniejsze przejście na emeryturę, wypadki przy pracy i choroby zawodowe oraz bezrobocie, a także świadczenia socjalne, pieniężne i rzeczowe, a zwłaszcza świadczenia w razie śmierci żywiciela rodziny i zasiłki rodzinne, jeżeli świadczenia te stanowią świadczenia wypłacane przez pracodawcę z tytułu zatrudnienia. W odniesieniu do tej części wyłączenia z zakresu przedmiotowego zostały uregulowane w art. 8 dyrektywy 2006/54 i obejmują one: 1) indywidualne umowy osób prowadzących działalność na własny rachunek, 2) systemy obejmujące tylko jedną osobę w przypadku osób prowadzących działalność na własny rachunek, 3) umowy ubezpieczenia, których stroną nie jest pracodawca, w przypadku pracowników najemnych, 4) fakultatywne

systemy zabezpieczenia społecznego pracowników, adresowane indywidualnie w celu zapewnienia świadczeń uzupełniających albo możliwości wyboru daty, od której udzielane są zwykle świadczenia dla osób prowadzących działalność na własny rachunek lub wybru między kilkoma świadczeniami oraz 5) systemy zabezpieczenia społecznego pracowników w zakresie, w jakim są one finansowane ze składek wpłacanych dobrowolnie przez samych pracowników.

Podjętą próbę charakterystyki zakresu przedmiotowego, w pierwszej kolejności odnieść się należy do kwestii wspólnych z zakresu indywidualnego prawa pracy. W tym kontekście nakaz równego traktowania dotyczy: 1) dostępu do warunków zatrudnienia, w tym awansu zawodowego, 2) warunków zatrudnienia i pracy oraz 3) warunków zwalniania i wynagradzania. Podstawowy problem sprowadza się do tego, że żadne z cytowanych terminów (poza wynagrodzeniem) nie zostało legalnie zdefiniowane. Dlatego ich normatywna treść była ustalana w okolicznościach konkretnych spraw rozpoznawanych przez TSUE.

Co się tyczy warunków zatrudnienia i awansu zawodowego (art. 3 ust. 1 lit a) dyrektyw 2000/78 oraz 2000/43 oraz art. 14 ust. 1 lit b) dyrektywy 2006/54), to w orzecznictwie TSUE odnoszącego się przede wszystkim do ostatniego z powoływanych aktów prawnych stwierdzano, że pod pojęciem warunków zatrudnienia należy rozumieć kryteria dokonywania wyboru określonego kandydata na pracownika, jak również kształtowania warunków zatrudnienia i wspierania zawodowego. Przykładowo uznano, że dostęp do zatrudnienia obejmuje nie tylko samo zatrudnienie, ale także: przedłużenie terminowej umowy o pracę²⁷, ustalanie warunków zatrudnienia obejmujące zakazy zatrudnienia dla kobiet²⁸, zakazy pracy w nocy²⁹ czy dodatków do wynagrodzenia (kredytu rodzinnego), jeśli determinują one dostęp do zatrudnienia w sytuacji, gdy wpływają one na podejmowanie zatrudnienia przez rodziny³⁰. W tym ostatnim przypadku Trybunał stwierdził również, że pojęcie dostępu do zatrudnienia nie może być rozumiane jako odnoszące się do warunków istniejących przed powstaniem stosunku pracy. Perspektywa otrzymania kredytu rodzinnego w przypadku przyjęcia nisko opłacanej pracy zachęca bezrobotnego pracownika do przyjęcia takiej pracy, z tym skutkiem, że świadczenie to jest związane z względami regulującymi dostęp do zatrudnienia.

²⁷ wyrok TSUE z dnia 4 października 2001 r., C-438/99, *Jiménez Melgar*, ECR 2001/10A/I-06915

²⁸ wyrok TSUE z dnia 25 lipca 1991 r., C-345/89, *Stoeckel*, ECR 1991/7/I-04047; wyrok z dnia 1 lutego 2005 r., C-203/03, *Komisja v. Austria*, ECR 2005/2/I-00935

²⁹ wyrok TSUE z dnia 3 lutego 1994 r., C-13/93, *Minne*, ECR 1994/2/I-00371; z dnia 4 grudnia 1997 r., C-207/96, *Komisja v. Włochy*, ECR 1997/12/I-06869; z dnia 13 marca 1997 r., C-197/96, *Komisja v. Francja*, ECR 1997/3/I-01489; z dnia 2 sierpnia 1993 r., C-158/91, *Levy*, ECR 1993/8/I-04287

³⁰ wyrok TSUE z dnia 13 lipca 1995 r., C-116/94, *Meyers*, ECR 1995/7/I-02131, w sprawie chodziło o dodatki do zatrudnienia w formie family credit (kredyt rodzinny), które miały na celu wspieranie rodzin pracujących

Podobnie szeroko w orzecznictwie TSUE rozumiano pojęcie „warunków zatrudnienia” (art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektyw 2000/43 i 2000/78 oraz art. 14 ust. 1 lit c) dyrektywy 2006/54). Objęto nim m.in.: skrócenie albo zmianę czasu pracy³¹, warunki powrotu z urlopu wychowawczego³², w tym jego przerwanie³³; roszczenie o ponowne zatrudnienia w przypadku niezasadnego rozwiązania umowy o pracę³⁴, ustalenie czasu urlopu³⁵, prawo do rocznej oceny pracownika³⁶ oraz prawo pracodawcy do odesłania pracownicy w ciąży do domu, która nie jest niezdolna do pracy bez wypłacenia jej pełnego wynagrodzenia.³⁷

Do szeroko rozumianych warunków zatrudnienia można również zaliczyć warunki zwalniania, a zatem wypowiedzenia (art. 3 ust. 1 lit c) dyrektyw 2000/78 i 2000/43 oraz art. 14 ust. 1 lit c) dyrektywy 2006/54), przy czym pod pojęciem tym należy rozumieć wszystkie unormowania, które wpływają na dopuszczalność rozwiązywania umów o pracę (czy zakończenia zatrudnienia), jak również, które dotyczą skutków ustania zatrudnienia. Chodzi tutaj również o wszelkie warunki związane z zakończeniem wykonywania pracy, które mogą być skutkiem: porozumienia stron (dobrowolnego odejścia)³⁸ czy osiągnięcia wieku emerytalnego.³⁹ Szczególnie w tym ostatnim aspekcie pojawiły się interesujące kwestie dotyczące dopuszczalności zwalniania pracowników z powodu osiągnięcia przez kobietę wieku emerytalnego wynikającego z przepisów prawa krajowego, który jest niższy dla kobiet niż mężczyzn. Trybunał jednoznacznie stwierdził, że zachowanie takie jest niezgodne z zakazem dyskryminacji ze względu na płeć.⁴⁰ W orzecznictwie uznano również, że przepis dyrektywy odnoszący się do warunków zwalniania nie wyklucza interpretacji przepisów prawa krajowego, zgodnie z którą, ogólnie ujmując, osoby pracujące w niepełnym wymiarze czasu pracy nie mogą być porównywane z osobami pracującymi w pełnym wymiarze, gdy pracodawca ma przystąpić do selekcji na podstawie kryteriów socjalnych przy likwidowaniu niepełnych etatów ze względów ekonomicznych.⁴¹

³¹ wyrok TSUE z dnia 11 września 2003 r., C-77/02, *Steinicke*, ECR 2003/8-9B/I-09027 ; wyrok z dnia 20 marca 2003 r., C-187/00, *Kutz-Bauer*, ECR 2003/3/I-02741

³² wyrok TSUE z dnia 27 lutego 2003 r., C-320/01, *Busch*, ECR 2003/2/I-02041

³³ wyrok TSUE z dnia 20 września 2007 r., C-116/06, *Kiiski*, ECR 2007/8-9B/I-07643

³⁴ wyrok TSUE z dnia 9 lutego 1999 r., C-167/97, *Seymour-Smith i Perez*, ECR 1999/2/I-00623

³⁵ wyrok TSUE z dnia 18 marca 2004 r., C-342/01, *Merino Gómez*, ECR 2004/3B/I-02605

³⁶ wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 1998 r., C-136/95, *Tibault*, ECR 1998/4/I-02011

³⁷ wyrok TSUE z dnia 19 listopada 1998 r., C-66/96, *Pedersen*, ECR 1998/11/I-07327

³⁸ wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2005 r., C-207/04, *Vegani*, ECR 2005/7B/I-07453

³⁹ wyrok TSUE z dnia 26 lutego 1986 r., 152/84, *Marshall*, ECR 1986/2/00723; z dnia 26 lutego 1986 r., 262/84, *Beets-Proper*, ECR 1986/2/00773,

⁴⁰ ibidem

⁴¹ wyrok TSUE z dnia 26 września 2000 r., *Kachelmann*, C-322/98, ECR 2000/8-9B/I07505

Ostatnim z omawianych w tym miejscu elementów wyznaczających przedmiotowy zakres dyskryminacji jest równe traktowanie w zakresie kształtowania wynagrodzenia (art. 3 ust. 1 lit c) dyrektyw 2000/43 i 2000/78 oraz art. 14 ust. 1 lit c) dyrektywy 2006/54). Tylko w tym przypadku ustawodawca unijny zdecydował się na sformułowanie legalnej definicji tego terminu. Została ona zawarta w art. 157 ust. 2 TFUE (ex art. 141 ust. 2 TWE) i przejęta w art. 2 ust. 1 lit e) dyrektywy 2006/54. I tak wynagrodzenie oznacza zwykłą podstawową lub minimalną płacę albo uposażenie oraz wszystkie inne korzyści w gotówce lub naturze, otrzymywane przez pracownika bezpośrednio lub pośrednio, z racji zatrudnienia, od pracodawcy. W orzecznictwie TSUE do definicji tej odwoływano się wielokrotnie⁴² przyjmując jego szerokie rozumienie, przy czym przykładowo na gruncie dyrektywy 2000/78 stwierdzono, że do kategorii wynagrodzenia z art. 141 TWE (teraz 157 TFUE) należy zaliczyć także rentę rodziną, gdy renta ta przyznawana jest w ramach pracowniczego systemu emerytalnego zarządzanego przez kasę emerytalną określonej kategorii pracowników, gdy źródłem tego systemu jest układ zbiorowy pracy, którego celem jest uzupełnianie świadczeń socjalnych należnych na podstawie powszechnie obowiązujących uregulowań krajowych, gdy system ten jest finansowany wyłącznie przez pracowników i pracodawców danego sektora, z całkowitym wyłączeniem jakiegokolwiek publicznego udziału finansowego i jego adresatem, zgodnie z tym układem zbiorowym jest wyżej wymieniona kategoria pracowników oraz gdy wysokość omawianej renty jest ustalana w zależności od okresu ubezpieczenia pracownika będącego małżonkiem beneficjenta, jak i pełnej kwoty składek uiszczonych przez tego pracownika.⁴³

Natomiast w zakresie zbiorowego prawa pracy omawiane dyrektywy wyrażają zakaz dyskryminacji w odniesieniu do wstępowania i działania w organizacjach pracowników i pracodawców lub jakiegokolwiek organizacji, której członkowie wykonują określony zawód, łącznie z korzyściami jakie dają takie organizacje (art. 3 ust. 1 lit d) dyrektyw 2000/43 i 2000/78 oraz art. 14 ust. 1 lit d) dyrektywy 2006/54). Przedmiotowy zakaz dyskryminacji obejmuje zarówno zakaz w sensie pozytywnym, jak i negatywnym, co oznacza, że nikt nie może być dyskryminowany zarówno ze względu na członkostwo czy uczestniczenie, jak i również dlatego, że nie uczestniczy czy nie jest członkiem takiej organizacji. Ma to kluczowe znaczenie z punktu widzenia wolności związkowej będącej jednym z pracowniczych praw podmiotowych.

⁴² np. wyrok TSUE z dnia 30 marca 2004 r., C-147/02, *Alabaster*, ECR 2004/3B/I-03101; z dnia 30 marca 2000 r., C-236/98, *JämO*, ECR 2000/3/I-02189; z dnia 16 września 1999 r., C-218/99, *Abdoulaye*, ECR 1999/8-9A/I-05723

⁴³ wyrok TSUE z dnia 1 kwietnia 2008 r., C-267/06, *Maruko*, 2008/I-1757

Przedmiotowym zakresem dyrektywy 2000/43 oraz 2006/54 objęto również zakaz dyskryminacji w dziedzinie zabezpieczenia społecznego (art. 3 ust. 1 lit e) dyrektywy 2000/43 oraz art. 7 dyrektywy 2006/54). Problem równego traktowania w dziedzinie zabezpieczenia społecznego nie został natomiast uregulowany w dyrektywie 2000/78, przede wszystkim ze względu na fakt, że dotyczy ona, co wynika zresztą z tytułu, równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy. Ujęcie omawianej problematyki w dyrektywie 2000/43 dowodzi, że unormowany w niej zakres przedmiotowy jest szerszy, gdyż obejmuje również ochronę społeczną, przez co wydaje się, że należy rozumieć wszystkie inne instrumenty prawne, które nie mieszczą się w pojęciu zabezpieczenia społecznego. Z kolei odróżnienie terminu „zabezpieczenia społecznego” od „opieki zdrowotnej” w przedmiotowej dyrektywie wskazywałoby, że opiekę zdrowotną wyłącznie z systemu zabezpieczenia społecznego. Systemowa analiza przedmiotowych unormowań, uwzględniająca w szczególności regulacje Konwencji MOP dotyczące minimalnych norm zabezpieczenia społecznego, jak i przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego⁴⁴ (oraz rozporządzenia wykonawczego) prowadzi do wniosku, że użyte w obu dyrektywach sformułowania, jak i użyta systematyka nie jest do końca spójna z punktu widzenia legislacyjnej poprawności redagowania tekstów prawnych. Opieka zdrowotna jest bowiem elementem zabezpieczenia społecznego w rozumieniu rozp. 883/2004, gdyż rozporządzenie obejmuje zarówno rzeczowe, jak pieniężne świadczenia zdrowotne. Natomiast pod pojęciem ochrony socjalnej należałoby rozumieć, wyłączone co do zasady ze wspólnotowej koordynacji, pomoc społeczną i medyczną (art. 3 ust. 5 rozp. 883/2004). Nie zmienia to faktu, że przedmiotowy zakaz dyskryminacji w kontekście dyrektywy 2000/43 oraz 2006/54 odnosi się do szeroko pojętego prawa socjalnego obejmując: zabezpieczenie społeczne (w rozumieniu koordynacyjnym i MOP), pomoc społeczną oraz opiekę medyczną (wyłączone z koordynacji). Dodatkowo należy również wskazać na obowiązywanie dyrektywy Rady z dnia 19 grudnia 1978 r. w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego.⁴⁵ Oznacza to, że problematyka zakazu dyskryminacji w zabezpieczeniu społecznym ujmowana jest w kontekście równego traktowania ze względu na pochodzenie rasowe i etniczne oraz płeć, przy czym trzeba zauważyć, że z art. 4 rozp. 883/2004 wynika generalna zasada równego traktowania nie odnosząc się do jakiegokolwiek kryterium. Jeżeli zatem przyjąć, że rozporządzenie 883/2004

⁴⁴ Dz.U.U.E.L.04.166.1

⁴⁵ Dz. U. UE. L. 79.6.24, dyrektywa 7/79

reguluje problematykę zabezpieczenia społecznego kompleksowo, to nakaz równego traktowania z niego wynikający jest szerszy aniżeli zakazy dyskryminacji wynikające z dyrektywy 2000/43 i 7/79.

Dodatkowo, i to tylko na gruncie dyrektywy 2000/43 zakaz dyskryminacji odnosi się również do świadczeń społecznych, edukacji oraz dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania do dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie zakwaterowaniem (art. 3 ust. 1 lit f do h). Tym samym można stwierdzić, że równe traktowanie bez względu na pochodzenia rasowe lub etniczne odnosi się właściwie do każdej sfery działalności państwowej, w której prowadzona jest polityka społeczna mająca na celu rozwiązywanie określonej kwestii socjalnej.

4. Kryteria dyskryminacyjne

Krótką uwagę należałoby również poświęcić kryteriom dyskryminacyjnym. Analiza omawianych dyrektyw wskazuje, że są nimi: płeć (2006/54), pochodzenie rasowe i etniczne (2000/43) oraz religia lub przekonania, niepełnosprawność, wiek oraz orientacja seksualna (2000/78).

Kryterium płci nie wywołuje wątpliwości, gdyż zasadniczo chodzi o równe traktowanie kobiet i mężczyzn. Jednakże za przypadek dyskryminacji ze względu na płeć TSUE uznał również dyskryminację z powodu transseksualności. W ocenie Trybunału ochrona osób transseksualnych wynika z konieczności poszanowania zasady godności leżącej u podstaw nakazu równego traktowania.⁴⁶ Warto zauważyć, że z kryterium płci nie jest powiązana orientacja seksualna, a zatem dyrektywa 2006/54 nie wyraża zakazu dyskryminacji w tym ostatnim zakresie.

Jeśli chodzi o kryterium pochodzenia rasowego i etnicznego, to w pierwszej kolejności należy podkreślić, że nie są to kryteria nawiązujące do pochodzenia państwowego (obywatelstwa), mimo że niewątpliwie pomiędzy oboma kryteriami może istnieć ścisły związek. Podobny związek może również występować w odniesieniu do kryterium religii. Warto jednak zauważyć, że Unia Europejska odrzuca wszystkie teorie zmierzające do określenia istnienia odrębnych ras ludzkich (pkt 6 preambuły), a zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo został *expressis verbis* wyrażony w TFUE. Językowo rzecz ujmując pojęcie rasy oznacza grupę ludzi wyróżniających się określonym zespołem cech przekazywanych dziedzicznie. Natomiast słowo „etniczny” wskazuje na przynależność do

⁴⁶ wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 1996 r., C-13/94, P. v. S., ECR 1996/4-5/I-02143

jakiegoś narodu. W tym świetle zakaz dyskryminacji będzie obejmował w pierwszej kolejności grupy etniczne, jak np. społeczność romską.

Nie budzi również wątpliwości kryterium religii oraz przekonań. Co do pojęcia religii, to chodzi tutaj o określony zespół wierzeń dotyczących istnienia Boga lub bogów, pochodzenia i celu życia człowieka, powstania świata oraz związane z nimi obrzędy, zasady moralne i formy organizacyjne. Natomiast przekonania mogą odnosić się zarówno do kwestii religijnych, jak i do innych aspektów życia społecznego. Nie ma wątpliwości, że zakazana jest dyskryminacja także ze względu na brak jakiejkolwiek wiary (ateizm).

Co się tyczy dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, to sprowadza się ona do równego traktowania bez względu na preferencje w wyborze partnera. W tym kontekście chodzi zarówno o dyskryminację osób hetero-, jak i homoseksualnych. Dyrektywa nie odnosi się natomiast do kwestii związanych ze stanem rodzinnym oraz świadczeń wynikających z tego tytułu, pozostawiając te kwestie ustawodawstwu krajowym. O ile równe traktowanie osób homoseksualnych nie wywołuje już takich wątpliwości, jak wcześniej, o tyle problematyczne wydają się kwestie wynikające z możliwego rozumienia i definiowania pojęcia orientacji seksualnej. Otóż pojawia się pytanie, czy również inne preferowane zachowania seksualne będą podlegać ochronie (np. zachowania mające na celu osiągnięcie satysfakcji seksualnej z udziałem zwierząt czy dzieci).⁴⁷

Najwięcej kontrowersji oraz problemów praktycznych związanych jest z kryterium niepełnosprawności oraz wieku. W przypadku niepełnosprawności, TSUE uznał, że termin ten należy rozumieć jako ograniczenie, wynikające konkretnie z naruszenia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które stanowi przeszkodę dla danej osoby w uczestnictwie w życiu zawodowym.⁴⁸ Szczególnie istotne jest oddzielenie niepełnosprawności od choroby, co wyraża się w tym, że niepełnosprawność ma z zasady charakter długookresowy. Natomiast pojęcie choroby w rozumieniu prawa UE zakłada, że mamy do czynienia z krótkotrwałą niemożnością świadczenia pracy. W przypadku niepełnosprawności dochodzi zatem do trwałego naruszenia sprawności organizmu (fizycznego, umysłowego czy psychicznego), który uniemożliwia bądź znacznie ogranicza udział w życiu społecznym, w tym w szczególności podejmowanie i wykonywanie zatrudnienia. Dodatkowy problem związany jest ze stopniowalnością niepełnosprawności, jak również z występowaniem określonych ułomności, które mimo, że niewątpliwie naruszają sprawność organizmu trwale,

⁴⁷ na problem ten zwraca uwagę K. Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht*, Heidelberg 2009, s. 244

⁴⁸ wyrok TSUE z dnia 11 lipca 2006 r., C-13/05, *Chacón Navas*, Pkt. 43, ECR 2006/7A/I-06467

to nie muszą prowadzić do wykluczenia bądź znacznego ograniczenia udziału w życiu społecznym (chodzi np. o osoby niedosłyszące, otyłe czy niedowidzące).

W przypadku dyskryminacji na wiek, o czym mowa w dyrektywie 2000/78, to nie chodzi wcale o ochronę osób starszych. Dla przykładu art. 6 ust. 1 lit a) ustanawia uzasadnienia odmiennego traktowania ludzi młodych.⁴⁹ W dotychczasowym orzecznictwie TSUE badał problem dyskryminacji ze względu na wiek m.in. w odniesieniu do: 1) ustalenia wieku relatywnego (chodziło o regulację, która pozwalała na nabycie prawa do renty po zmarłym pracowniku, jeśli wdowa/wdowiec był młodszy co najmniej o 15 lat od zmarłego pracownika)⁵⁰ czy 2) ustalenia wieku emerytalnego, którego osiągnięcie z mocy prawa wywołuje skutek w postaci rozwiązania stosunku pracy.⁵¹

5. Kluczowe pojęcie prawa antydyskryminacyjnego

Dla celów omawianych dyrektyw zasada równego traktowania oznacza brak jakichkolwiek form bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji. Do kluczowych pojęć europejskiego prawa antydyskryminacyjnego zaliczyć zatem należy pojęcie: dyskryminacji bezpośredniej, dyskryminacji pośredniej, jak również molestowania i molestowania seksualnego. Odrębnie należałoby również odnieść się do pojęcia dyskryminacji wielokrotnej, której istotę stanowi złożona tożsamość każdej osoby. Do tego typu dyskryminacji dochodzi, gdy dana osoba doświadcza dyskryminacji lub napastowania z kilku powodów, które są częścią jej tożsamości.

Dyskryminacja bezpośrednia (art. 2 ust 2 lit a) dyrektyw 2000/43 i 2000/78 oraz 2006/54) występuje w przypadku gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji z jakiegokolwiek przyczyny wymienionej w każdej z dyrektyw. Punktem wyjścia w każdym przypadku jest zakazane kryterium dyskryminujące. Koncepcja dyskryminacji bezpośredniej opiera się zatem na konieczności porównania określonej sytuacji faktycznej, z sytuacją hipotetyczną, w której dyskryminacji nie ma. A zatem osoba musi być traktowana mniej przychylnie aniżeli inna osoba wyłącznie z powodu kryterium dyskryminującego (np. mężczyzna w porównaniu z kobietą, niepełnosprawny w porównaniu z osobą pełnosprawną, osoba o preferencjach heteroseksualnych z osobą o preferencją homoseksualnych). W zakresie dotyczącym dyskryminacji ze względu na płeć typowe przykłady dyskryminacji bezpośredniej

⁴⁹ wyrok TSUE z dnia 18 czerwca 2009 r., C-88/08, *Hütter*, www.eur-lex.europa.eu

⁵⁰ wyrok TSUE z dnia 23 września 2008 r., C-427/06, *Bartsch*, www.eur-lex.europa.eu

⁵¹ wyrok TSUE z dnia 16 października 2007 r., C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECR 2007/10A/I-08531

sprowadzały się do zamieszczania ogłoszeń o naborze do pracy dla kandydatów tylko jednej płci⁵², ale również różnicowania w obrębie jednej płci z powodu macierzyństwa czy ciąży.⁵³ Z kolei w kontekście dyrektywy 2000/43 za dyskryminację bezpośrednią uznano przykładowo ogłoszenie pracodawcy, w którym stwierdził, że nie będzie zatrudniał pracowników obcego pochodzenia.⁵⁴

Dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób określonej płci, danego pochodzenia rasowego lub etnicznego, danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej, w stosunku do innych osób, chyba że: taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne (art. 2 ust. 2 lit b) dyrektyw 2000/43 i 2000/78 oraz art. 1 ust. 1 lit b) dyrektywy 2006/54) albo w przypadku osób w określony sposób niepełnosprawnych, pracodawca lub każda osoba, do której odnosi się dyrektywa 2000/78, jest zobowiązany na mocy przepisów krajowych, podejmować właściwe środki zgodnie z zasadami określonymi w art. 5, w celu zlikwidowania niedogodności spowodowanych tym przepisem, kryterium lub praktyką. Dyskryminacja pośrednia polega zatem na nieuzasadnionym zróżnicowaniu statusu określonych grup na skutek pozornie neutralnej decyzji. Warto jednak zauważyć, że nie każda pozornie neutralna decyzja będzie miała charakter dyskryminujący, gdyż dodatkowo konieczne jest wykazanie, że nie jest decyzja uzasadniona (cel jest legalny, a środki są odpowiednie i konieczne). Zasadniczo konieczne jest zatem spełnienie dwóch warunków, aby określone zachowanie uznać za dyskryminujące. W zakresie dotyczącym równości ze względu na płeć w orzecznictwie TSUE jednoznacznie uznaje się, że określone działanie jest dyskryminacją bezpośrednią gdy faktycznie dotyczy procentowo znacznej ilości kobiet niż mężczyzn.⁵⁵

Z chwilą wejścia w życie dyrektyw 2000/43 oraz 2000/78 w tekście prawnym pojawia się również definicja molestowania (art. 2 ust. 3 dyrektyw 2000/43 i 2000/78). Podobną definicję zawiera dyrektywa 2006/54, przy czym dodatkowo wprowadza termin molestowania

⁵² wyrok TSUE: z dnia 8 listopada 1990 r., 177/88, *Dekker*, ECR 1990/10/I-03941; z dnia 10 marca 2005 r., C-196/02, *Nikoloudi*, ECR 2005/3A/I-01789; z dnia 22 kwietnia 1997 r., C-180/95, *Draehmpaehl*, ECR 1997/4/I-02195

⁵³ np. wyrok TSUE z dnia 11 października 2007 r., C-460/06, *Paquay*, ECR 2007/10A/I-08511; z dnia 20 września 2007 r., C-116/06, *Kiiski*, ECR 2007/8-9B/I-07643; z dnia 16 lutego 2006 r., C-294/04, *Herrero*, ECR 2006/2A/I-01513

⁵⁴ wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2008 r., C-54/07, *Feryn*, www.eur-lex.europa.eu

⁵⁵ wyrok TSUE z dnia 12 października 2004 r., C-313/02, *Wippel*, ECR 2004/10A/I-09483; z dnia 6 kwietnia 2000 r., C-226/98, *Jørgensen*, ECR 2000/4/I-02447; z dnia 26 września 2000 r., C-322/98, *Kachelmann*, ECR 2000/8-9B/I-07505; z dnia 9 września 2003 r., C-25/02, *Rinke*, ECR 2003/8-9A/I-08349

seksualnego (art. 2 ust. 1 lit c) i d)). Molestowanie uważane jest za formę dyskryminacji w rozumieniu ust. 1, jeżeli ma miejsce niepożądane zachowanie związane z jednym z kryteriów dyskryminujących, a jego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby i stworzenie onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. W zakresie odnoszącym się do molestowania konieczne jest spełnienie dwóch warunków: 1) musi mieć miejsce niepożądane zachowanie, przy czym punktem odniesienia jest perspektywa adresata zachowania oraz 2) zachowanie musi naruszać godność albo prowadzić do atmosfery onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej. Nie jest do końca jasne, czy molestowanie musi być dokonywane umyślnie z określonym zamiarem (bezpośrednim lub pośrednim). Wydaje się, że nie jest to warunek konieczny. Natomiast w przypadku molestowania seksualnego, chodzi o zachowania o charakterze seksualnym, werbalne, niewerbalne, czy fizyczne, które muszą prowadzić do podobnego skutku, jak w przypadku molestowania.

6. Podsumowanie

Kończąc powyższe rozważania nasuwa się kilka uwag natury ogólnej. Przede wszystkim konieczne wydaje się dalsze kodyfikowanie prac związanych z konsolidowaniem poszczególnych zakazów konkurencji, tak aby ująć w jednym akcie prawnym. Niezależnie od tego pojawia się pytanie o konieczność rozszerzania środków antidyskryminacyjnych na obszary znajdujące się poza rynkiem pracy. Zwrócono na to uwagę w opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego (EKES) w sprawie rozszerzania środków antidyskryminacyjnych na obszary znajdujące się poza rynkiem pracy oraz celowości przyjęcia jednej, kompleksowej dyrektywy antidyskryminacyjnej⁵⁶ oraz w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.⁵⁷ Sugerowane w opiniach działania niewątpliwie podejmują wstępną próbę uporządkowania dotychczasowej dyskusji dotyczącej relacji traktatowych zakazów dyskryminacji do tych wynikających z prawa wtórnego, jak również usunięcia wątpliwości co do ich charakteru prawnego. Fakt ten podkreśla również EKES, stwierdzając, że nie znajduje uzasadnienia fakt utrzymywania przez UE systemu prawodawstwa opartego na wyraźnym traktatowym zobowiązaniu do zwalczania dyskryminacji z sześciu określonych względów, w ramach którego nadal istnieją różnice w poziomie ochrony, przy mniejszej ochronie przed

⁵⁶ Dz. U. UE. C. 09.77.102

⁵⁷ Dz. U. UE. C. 09.182.19

dyskryminacją z niektórych przyczyn i bardziej ograniczonej gwarancji równego traktowania w tych przypadkach. Brak wiążącego zobowiązania do przestrzegania wspólnej normy UE oznacza brak faktycznej zachęty dla państw członkowskich do uchwalenia przepisów zapewniających spójne prawa dla poszczególnych motywów dyskryminacji. Ma to szczególne znaczenie w obliczu uznania równości za podstawową zasadę prawa UE, również w dziedzinie zatrudnienia. Zdaniem EKES obecny niespójny i hierarchiczny wspólnotowy system środków ochrony przed dyskryminacją utrudnia osiągnięcie celów UE.

Niezależnie od tego zasadne wydaje się również konieczne podjęcie działań w zakresie dotyczącym relacji zakazów dyskryminacji w relacji prawa pracy do zabezpieczenia społecznego, i to zarówno w aspekcie stosowanej terminologii, jak i określenia zakresu przedmiotowego zabezpieczenia społecznego w stosunku do pomocy społecznej, czy też szeroko rozumianego prawa socjalnego.

W pozostałym zakresie wskazać trzeba na konieczność językowego przereformowania omawianych dyrektyw, tak aby usunąć dotychczasowe wątpliwości interpretacyjne, jak również systemowego uporządkowania regulowanych kwestii.