



POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDYSKRYMINACYJNEGO

**Rozkład ciężaru dowodu
w sprawach o dyskryminację
w zatrudnieniu
w świetle orzecznictwa
Sądu Najwyższego**

*Katarzyna Gonera**

*Seminarium: „Dowodzenie w postępowaniach o
dyskryminację – wyzwania”
Warszawa, 21 września 2011 r.*

* autorka jest Sędzią Sądu Najwyższego w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych.

I.

1. Kwestię równego traktowania w zatrudnieniu regulują art. 18^{3a}-18^{3e} Kodeksu pracy. Przepisy te zostały wprowadzone do Kodeksu, w wersji obowiązującej od 1 stycznia 2004 r., w celu dostosowania polskiego prawa pracy do wymagań Unii Europejskiej, określonych obecnie w art. 13 i art. 141 Traktatu o Unii Europejskiej oraz w dyrektywach Rady 75/117/EWG¹, 76/207/EWG², 97/80/WE³, 2000/43/WE, 2000/78/WE i 2002/73/WE⁴ (trzy pierwsze z tych dyrektyw zastąpiła dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w wersji przeredagowanej). Przed 1 stycznia 2004 r. rozdział IIa Kodeksu pracy dotyczył wyłącznie równego traktowania w zatrudnieniu kobiet i mężczyzn. Od 1 stycznia 2004 r. kodeksowy zakaz dyskryminacji obejmuje, poza nierównym traktowaniem ze względu na płeć, także przypadki nierównego traktowania ze względu na inne niedozwolone kryteria dyskryminujące. Zgodnie z 11³ k.p., jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy - jest niedopuszczalna. Podkreślić należy, że Kodeks pracy reguluje zakaz dyskryminacji w stosunkach pracy, czyli w odniesieniu do pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę (art. 2 k.p.). Kodeksowy zakaz dyskryminacji obejmuje zatem jedynie relacje między pracodawcą i pracownikiem, wyjątkowo także między kandydatem na pracownika i potencjalnym pracodawcą (por. art. 18^{3b} § 1 pkt 1 k.p. dotyczący odmowy nawiązania stosunku pracy). Poza regulacją Kodeksu pracy pozostaje świadczenie pracy na podstawie samozatrudnienia (prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej), w ramach różnych rodzajów praktyk i staży oraz na podstawie umów prawa cywilnego – np. umowy o dzieło, umowy zlecenia, umowy o świadczenie usług, do której stosuje

1 dyrektywa Rady 75/117/EWG z 10 lutego 1975 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących stosowania zasady równości wynagrodzeń dla mężczyzn i kobiet (Dz.Urz. UE L 45 z 19 lutego 1975 r., str. 19; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 1, str. 179)

2 dyrektywa Rady 76/207/EWG z 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz.Urz. UE L 39 z 14 lutego 1976 r., str. 40; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 1, str. 187)

3 dyrektywa Rady 97/80/WE z 15 grudnia 1997 r. dotycząca ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć (Dz.Urz. UE L 14 z 20 stycznia 1998 r., str. 6; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 3, str. 264)

4 dyrektywa 2002/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 23 września 2002 r. zmieniająca dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz.Urz. UE L 269 z 5 października 2002 r., str. 15; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, str. 255)

się przepisy o zleceniu, umowy agencyjnej, innych umów nienazwanych. Zakaz dyskryminacji dotyczący tych stosunków prawnych lub relacji poprzedzających ich nawiązanie jest uregulowany poza Kodeksem pracy.

Od 1 stycznia 2011 r. obowiązuje ustawa z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. Nr 254, poz. 1700). Przyczyną uchwalenia tej ustawy była konieczność implementacji do polskiego porządku prawnego następujących aktów prawnych Unii Europejskiej:

- 1) dyrektywy Rady 86/613/EWG z 11 grudnia 1986 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa (Dz.Urz. WE L 359 z 19 grudnia 1986 r., str. 56; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 1, str. 330);
- 2) dyrektywy Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz.Urz. WE L 180 z 19 lipca 2000 r., str. 22; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 20, t. 1, str. 23);
- 3) dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającą ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. WE L 303 z 2 grudnia 2000 r., str. 16; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, str. 79);
- 4) dyrektywy Rady 2004/113/WE z 13 grudnia 2004 r. wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz.Urz. UE L 373 z 21 grudnia 2004 r., str. 37);
- 5) dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przededagowana) (Dz.Urz. UE L 204 z 26 lipca 2006 r., str. 23).

Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania stanowi w art. 2 ust. 2, że przepisów rozdziału 1 i 2 tej ustawy nie stosuje się do pracowników w zakresie uregulowanym przepisami Kodeksu pracy. Rozdziały te zawierają przepisy ogólne, w tym definicje różnych rodzajów (przejawów) dyskryminacji i nierównego traktowania, a także określają zakres stosowania ustawy (rozdział 1) oraz definiują zasadę równego traktowania, regulują zakazy jej naruszania i środki prawne jej ochrony (rozdział 2). Ograniczenie stosowania ustawy w odniesieniu do pracowników (w rozumieniu art. 2 k.p.) nie dotyczy rozdziału 3, zatytułowanego „Organy właściwe w sprawach przeciwdziałania naruszeniom zasady równego

traktowania” (są nimi Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Pełnomocnik Rządu do Spraw Równego Traktowania). Można przyjąć, że w dziedzinie równego traktowania do pracowników (art. 2 k.p.) mają zastosowanie przepisy rozdziału IIa działu pierwszego Kodeksu pracy, natomiast do osób wykonujących pracę na innej podstawie niż stosunek pracy (np. w ramach samozatrudnienia, na podstawie umów cywilnoprawnych) mają zastosowanie przepisy ustawy z 3 grudnia 2010 r. W art. 2 ust. 2 ustawy rozgraniczono obszar równego traktowania regulowany przepisami Kodeksu pracy oraz ustawą o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, przy jednoczesnym skorelowaniu pojęć (definicji) oraz kwestii związanych z uprawnieniami przysługującymi osobom, w stosunku do których nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania. Wynika z tego, że ustawę stosuje się w całości do osób wykonujących pracę na innej podstawie niż stosunek pracy, natomiast w odniesieniu do pracowników ma ona zastosowanie w dwóch zakresach: rozdział 3 w całości, a rozdziały 1 i 2 - tylko w zakresie nieuregulowanym w Kodeksie pracy. Trzeba jednak zauważyć, że nie w pełni konsekwentnie zrealizowano założenie przyjęte w art. 2 ust. 2 ustawy, ponieważ w niektórych przepisach rozdziałów 1 i 2 wprost przewiduje się ich stosowanie także do stosunku pracy (por. art. 4 pkt 2 i art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy).

2. Pracodawca ma obowiązek równego traktowania pracowników w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych (art. 18^{3a} § 1 k.p.). Pracodawca jest obowiązany przeciwdziałać dyskryminacji w zatrudnieniu (art. 94 pkt 2b k.p.).

Ustawa z 3 grudnia 2010 r. zakazuje nierównego traktowania, między innymi, w zakresie (art. 8 ust. 1):

- 1) podejmowania kształcenia zawodowego, w tym doksztalcania, doskonalenia, przekwalifikowania zawodowego oraz praktyk zawodowych;
- 2) warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej;
- 3) przystępowania i działania w związkach zawodowych, organizacjach pracodawców oraz samorządach zawodowych, a także korzystania z uprawnień przysługujących członkom tych organizacji;
- 4) dostępu i warunków korzystania z instrumentów rynku pracy i usług rynku pracy określonych w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oferowanych przez instytucje rynku pracy oraz instrumentów rynku pracy i usług rynku pracy oferowanych przez inne podmioty działające na rzecz zatrudnienia, rozwoju zasobów ludzkich i

przeciwdziałania bezrobociu.

Pracownik tymczasowy w okresie wykonywania pracy na rzecz pracodawcy użytkownika nie może być traktowany mniej korzystnie w zakresie warunków pracy i innych warunków zatrudnienia niż pracownicy zatrudnieni przez tego pracodawcę użytkownika na takim samym lub podobnym stanowisku pracy. Pracownikowi tymczasowemu, wobec którego pracodawca użytkownik naruszył zasadę równego traktowania, przysługuje prawo dochodzenia od agencji pracy tymczasowej odszkodowania w wysokości określonej w przepisach Kodeksu pracy dotyczących odszkodowania należnego pracownikowi od pracodawcy z tytułu naruszenia zasady równego traktowania pracowników w zatrudnieniu. Agencja pracy tymczasowej ma prawo dochodzenia od pracodawcy użytkownika zwrotu równowartości odszkodowania, które zostało wypłacone pracownikowi tymczasowemu (art. 15 i 16 ustawy z 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych; Dz.U. Nr 166, poz. 1608 ze zm.).

3. Dyskryminacją według Kodeksu pracy jest różnicowanie sytuacji pracowników na podstawie niedozwolonego kryterium. Niedozwolone kryteria są wymienione, jedynie przykładowo, w art. 11³ k.p. oraz art. 18^{3a} § 1 k.p. (także w art. 94 pkt 2b k.p.) Użycie w tych przepisach zwrotu "w szczególności" rozszerza pojęcie dyskryminacji w prawie polskim w porównaniu z prawem unijnym, w którym wyliczenie niedozwolonych kryteriów różnicujących ma charakter wyczerpujący (por. np. art. 1 w związku z art. 2 ust. 1 dyrektywy 2000/78/WE). W orzecznictwie Sądu Najwyższego do niedozwolonych kryteriów różnicowania sytuacji pracowników zalicza się – poza kryteriami wprost wymienionymi w art. 11³ k.p. oraz art. 18^{3a} § 1 k.p. – okoliczności, które nie mają oparcia w odrębnościach związanych z rodzajem i zakresem obowiązków pracownika, sposobem ich wykonania czy też kwalifikacjami pracownika (por. wyrok SN z 5 października 2007 r., II PK 14/07, OSNP 2008, nr 21-22, poz. 311), oraz przymioty osobiste pracownika, niezwiązane z wykonywaną pracą (por. wyrok SN z 4 października 2007 r., I PK 24/07, OSNP 2008, nr 23-24, poz. 347). Różnicowanie sytuacji pracowników na podstawie dozwolonego kryterium nie jest dyskryminacją (por. wyroki SN z 28 maja 2008 r., I PK 259/07, OSNP 2009, nr 19-20, poz. 256 oraz z 3 grudnia 2009 r., II PK 148/09, niepubl.).⁵

Katalog przesłanek zakazu dyskryminacji przewidziany w ustawie o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania ma charakter zamknięty (art. 1). Ustawa ogranicza się do prostej implementacji rozwiązań zawartych w dyrektywach, które nie przewidują otwartego katalogu przesłanek nierównego traktowania. Z tego punktu widzenia

⁵ E.Maniewska, K.Jaśkowski, Kodeks pracy. Komentarz, wersja elektroniczna LEX 2011, tezy do art. 18^{3a} - 18^{3e} k.p.

rozwiązania przyjęte w Kodeksie pracy są korzystniejsze dla pracowników – ochrona przed nierównym traktowaniem jest pełniejsza.

Otwarty katalog niedozwolonych kryteriów dyskryminujących zawarty w Kodeksie pracy stwarza niekiedy problemy w orzecznictwie, zwłaszcza gdy pracownik subiektywnie czuje się dyskryminowany, ale nie potrafi wskazać (podać) żadnej z przyczyn dyskryminacji wymienionych w art. 11³ k.p. i art. 18^{3a} § 1 k.p. (są nimi: płeć, wiek, niepełnosprawność, rasa, religia, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkowa, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientacja seksualna, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy). Tymczasem w praktyce orzeczniczej wymaga się od powoda uzasadnienia faktycznego jego twierdzenia, że był dyskryminowany, co powinno nastąpić między innymi przez określenie (wskazanie) prawdopodobnej przyczyny nierównego traktowania. Ma to odpowiednio ukierunkować postępowanie dowodowe oraz umożliwić pozwanemu pracodawcy podjęcie obrony i wykazanie, że nie stosował w stosunku do pracownika powoływanego przez niego kryterium dyskryminującego.

W wyroku z 3 września 2010 r., I PK 72/10 (LEX nr 653657) Sąd Najwyższy przyjął, że dyskryminowaniem w rozumieniu art. 18^{3a} § 1 k.p. jest nierówne traktowanie w zatrudnieniu z przyczyn określonych w tym przepisie; nie jest wystarczające powołanie się przez pracownika na bliżej nieokreślone "podłoże dyskryminacyjne". Do naruszenia zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu może dojść tylko wtedy, gdy różnicowanie sytuacji pracowników wynika wyłącznie z zastosowania przez pracodawcę niedozwolonego przez ustawę kryterium (por. wyrok SN z 28 maja 2008 r., I PK 259/07, OSNP 2009, nr 19-20, poz. 256). W tym ostatnim wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że dyskryminacja jest kwalifikowaną postacią nierównego traktowania, oznacza zatem nieusprawiedliwione obiektywnymi powodami gorsze traktowanie pracownika ze względu na cechy lub właściwości dotyczące go osobiście, przykładowo wymienione w art. 18^{3a} § 1 k.p., bądź ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Za dyskryminację w zatrudnieniu uważa się niedopuszczalne różnicowanie sytuacji prawnej pracowników według negatywnych i zakazanych kryteriów. Nie stanowi natomiast dyskryminacji nierówność niepodyktowana przyczynami uznanymi za dyskryminujące, nawet jeżeli pracodawcy można przypisać naruszenie zasady równego traktowania (równych praw) pracowników, określonej w art. 11² k.p. (por. m.in. wyroki SN z 12 grudnia 2001 r., I PKN 182/01, OSNP, 2003 nr 23, poz. 571; z 23 stycznia 2002 r., I PKN 816/00, OSNP, 2004 nr 2, poz. 32; z 17 lutego 2004 r., I PK 386/03, OSNP 2005, nr 1, poz. 6; z 5 maja 2005, III PK 14/05, OSNP 2005, nr 23, poz. 376; z 10 października 2006 r., I PK 92/06, Monitor Prawa Pracy 2007, nr 1, poz. 32 oraz z 9

stycznia 2007 r., II PK 180/06, OSNP 2008 nr 3-4, poz. 36). W sytuacji, w której pracownik zarzuca naruszenie przepisów odnoszących się do dyskryminacji, powinien więc stosownie do art. 18^{3b} § 1 k.p. wskazać przyczynę (kryterium), ze względu na którą był lub jest dyskryminowany. W relacjonowanej sprawie powódka żadnej przyczyny dyskryminacji nie wskazała., zdając się prezentować stanowisko, że jakakolwiek nierówność w traktowaniu pracowników sama przez się uzasadnia zarzut dyskryminacji. Tymczasem, zdaniem Sądu Najwyższego, do naruszenia zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu może dojść tylko wtedy, gdy zróżnicowanie sytuacji pracowników wynika wyłącznie z zastosowania przez pracodawcę niedozwolonego przez ustawę kryterium. Oznacza to równocześnie, że nie stanowi dyskryminacji dyferencjacja praw pracowników ze względu na cechujące ich odmienności nieuważane za dyskryminujące.

Jeżeli pracownik nie potrafi uprawdopodobnić nierównego traktowania (np. przez porównanie swojej sytuacji do sytuacji innych pracowników) ani nie podaje (nie powołuje) jakiegokolwiek niedozwolonego kryterium jako przyczyny nierównego traktowania, to nie jest możliwe przyjęcie (w procesie cywilnym), że dyskryminacja rzeczywiście miała miejsce. Trudności dowodowe (dotyczące np. wykazania faktu molestowania seksualnego, gdy nie ma świadków bezprawnych zachowań osoby naruszającej prawo), mogą stanowić barierę w dochodzeniu ochrony swoich praw przez dyskryminowanego pracownika. Istotnym ułatwieniem i gwarancją skutecznego dochodzenia ochrony przed nierównym traktowaniem i dyskryminacją jest odwrócenie ciężaru dowodu.

4. Rozkład ciężaru dowodu regulowany ogólnie w art. 6 k.c. ulega zmianie w sprawach o dyskryminację w wyniku przyjętej w art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p. konstrukcji przerzucenia ciężaru dowodu na pracodawcę. Zgodnie z art. 6 k.c., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Tymczasem art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p. zwalnia pracownika z konieczności udowodnienia faktu jego dyskryminacji jako kwalifikowanej postaci naruszenia zasady równego traktowania. Na pracowniku spoczywa jedynie ciężar uprawdopodobnienia nierównego traktowania (przy czym nie każde nierówne traktowanie jest dyskryminacją). Chcąc się uwolnić od odpowiedzialności (przede wszystkim odszkodowawczej – art. 18^{3d} k.p.), pracodawca musi udowodnić, że nie dyskryminuje pracownika – albo że nie traktuje go inaczej niż innych pracowników (nie ma zatem miejsca nierówne traktowanie), albo że inne (nierówne) traktowanie pracownika ma uzasadnienie w obiektywnych okolicznościach, które nie mają charakteru stosowania niedozwolonego kryterium różnicującego o charakterze dyskryminacji (np. pracownik otrzymuje niższe wynagrodzenie, ponieważ ma mniejsze doświadczenie zawodowe, niższe

kwalifikacje, jest mniej wydajny, a nie ze względu na pochodzenie etniczne). To na pracodawcy ciąży obowiązek wykazania, że - na przykład - odmówił zatrudnienia albo rozwiązał stosunek pracy z innych (uzasadnionych) przyczyn niż dyskryminujące pracownika.

Pracodawca może uwolnić się od zarzutu dyskryminowania pracownika w zatrudnieniu, jeżeli wykaże, że przy podejmowaniu decyzji w kwestiach wymienionych w art. 18^{3b} § 1 k.p. (odmowa nawiązania lub rozwiązanie stosunku pracy, niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą, pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe) kierował się innymi względami niż prawnie zabronione kryteria różnicowania pracowników i osób ubiegających się o pracę. Zarzut dyskryminowania okaże się bezpodstawny, jeżeli pracodawca przeprowadzi dowód, że różnicując pracowników kierował się obiektywnymi przyczynami. Konstrukcja odwrócenia ciężaru dowodu zwalnia pracownika z konieczności udowodnienia faktu jego dyskryminacji jako kwalifikowanej postaci nierównego traktowania. W obowiązującym stanie prawnym to pracodawca – broniąc się przed zarzutem dyskryminacji i chcąc uwolnić się od odpowiedzialności (zwłaszcza odszkodowawczej) – powinien udowodnić, że nie dyskryminuje pracownika, a ewentualne różnicowanie sytuacji pracowników ma obiektywne uzasadnienie.⁶

Przed 1 stycznia 2011 r. art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p. mógł być stosowany (na zasadzie analogii) w sprawach nieuregulowanych przez prawo pracy – np. do stosunków zatrudnienia poza stosunkiem pracy. Obecnie tę samą zasadę rozkładu ciężaru dowodu reguluje art. 14 ust. 2 i 3 ustawy o wdrożeniu dyrektyw równościowych. Przed wejściem w życie tego ostatniego przepisu do niektórych sytuacji kwalifikowanych jako dyskryminacja można było stosować konstrukcję odwróconego ciężaru dowodu wynikającą z art. 24 § 1 zdanie pierwsze k.c. Dyskryminacja na ogół wiąże się z naruszeniem czyjejs godności traktowanej jak dobro osobiste (art. 23 k.c.), a zatem stosowanie rozkładu ciężaru dowodu właściwego dla spraw o ochronę dóbr osobistych jest w pełni uzasadnione.

Według A. Świątkowskiego⁷ zasadność zarzutu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu jest uzależniona od nieosiągnięcia celu pożądanego przez osobę, która uważa się za dyskryminowaną ze względu na prawnie zabronione kryteria różnicowania. W przypadku odmowy nawiązania stosunku pracy, odmowy przedłużenia zatrudnienia, niekorzystnego ukształtowania warunków płacowych lub innych warunków umowy o pracę, pominięcia w awansie lub

6 A.Świątkowski, Kodeks pracy. Komentarz, wersja elektroniczna Legalis 2010, tezy do art. 18^{3b} k.p.

7 A.Świątkowski, Kodeks pracy. Komentarz, wersja elektroniczna Legalis 2010, tezy do art. 18^{3b} k.p.

przyznawaniu świadczeń związanych z pracą, nieuwzględnienia kandydatury pracownika przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe, kandydat na pracownika lub pracownik powinien zarzucić pracodawcy, że negatywna decyzja została podjęta ze względu na zabronione kryteria, a nie z uwagi na obiektywne przyczyny. Dlatego, na przykład, zarzut dyskryminacji ze względu na płeć jako prawnie zabronione kryterium różnicowania pracowników może być podniesiony wyłącznie wtedy, gdy pracodawca zatrudni, przedłuży zatrudnienie, przyzna podwyżkę, korzystniej ureguluje warunki zatrudnienia, przyzna inne świadczenia związane z pracą, wytypuje na szkolenie umożliwiające podwyższenie kwalifikacji zawodowych osobę innej płci niż ta, która zgłosiła zarzut dyskryminacji. Tylko w przypadku dyskryminacji ze względu na ciążę nie jest konieczne porównanie sytuacji dyskryminowanej pracownicy z innym pracownikiem mężczyzną, ponieważ dyskryminacja z powodu ciąży jest zawsze dyskryminacją według kryterium płci.

Przepis art. 18^{3b} § 1 k.p. nie nakłada na pracownika, który zarzuca pracodawcy dyskryminację ze względu na jedno z zabronionych kryteriów dyferencjacji, obowiązku uprawdopodobnienia, że pracodawca podejmując kwestionowane działanie, kierował się tym konkretnym zabronionym przez prawo kryterium różnicowania pracowników. Jednak w orzecznictwie przyjmuje się, że pracownik dochodzący przed sądem pracy sądowej ochrony w związku z nierównym traktowaniem przez pracodawcę powinien nie tylko uprawdopodobnić fakt nierównego traktowania, ale także wskazać (powołać) prawdopodobne niedozwolone kryterium różnicowania sytuacji własnej i innego pracownika (innych pracowników). Jest to pożądane zwłaszcza wówczas, gdy przyczyna dyskryminacji nie jest oczywista, np. nie jest determinowana w sposób wyraźny (widoczny) płcią, wiekiem, niepełnosprawnością, rasą lub pochodzeniem etnicznym dyskryminowanego pracownika.

W doktrynie powyższe stanowisko orzecznictwa – według którego konieczne jest powołanie się przez pracownika (powoda w procesie) na określone niedozwolone kryterium różnicujące, z powodu którego dochodzi do dyskryminowania go – jest kontestowane. W doktrynie podnosi się, że samo uprawdopodobnienie przez pracownika nierównego traktowania rodzi domniemanie faktyczne, że różnicowanie to jest skutkiem dyskryminacji. Na pracodawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania. Jednakże samo domniemanie dyskryminacji musi być na tyle silne, aby sąd pracy nie oddalił powództwa (np. o odszkodowanie – art. 18^{3d} k.p.) bezzwłocznie, z powołaniem się na jego oczywistą bezzasadność. W sprawach dotyczących dyskryminacji należy jednak stosować przede wszystkim te przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, które pozwalają uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla sprawy, jeżeli wniosek taki można

wyprowadzić z innych ustalonych faktów (art. 231 k.p.c.). Jest to reguła stosowania dowodu *prima facie*, z przerzuceniem na pozwanego ciężaru dowodu w celu wykazania przez niego braku dyskryminacji.⁸

Zarzut dyskryminowania pracownika ze względu na niedozwolone kryterium różnicowania jest uzasadniony do czasu wykazania przez pracodawcę, że podejmując kwestionowane działania kierował się obiektywnymi względami. Jedynie wykazanie obiektywnych przyczyn leżących u podstaw podjętych przez pracodawcę działań, innych niż zabronione przez art. 18^{3a} § 1 k.p., umożliwi skuteczną obronę przed zarzutem dyskryminacji. Podsumowując należy stwierdzić, że w art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p. wyrażone zostało domniemanie, że jeżeli pracodawca nie udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami, to różnicowanie pracowników przez pracodawcę z przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p. będzie uważane za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu. W stosunku do art. 6 k.c. jest to przeniesienie ciężaru dowodu na pracodawcę – w celu realizacji zasady ochrony praw pracownika.⁹ Jeżeli sytuacja pracownika została zróżnicowana w stosunku do innych osób, to domniemywa się naruszenie zasady równego traktowania, a na pracodawcę przechodzi ciężar obalenia tego domniemania.¹⁰

Podobną regulację, jeśli chodzi o rozkład ciężaru dowodu, zawiera ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Zgodnie z art. 14 tej ustawy, kto zarzuca naruszenie zasady równego traktowania, uprawdopodobnia fakt jej naruszenia (ust. 2). W przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia (ust. 3). Podobnie jak w przypadku relacji pracodawca-pracownik uregulowanej w Kodeksie pracy, również według art. 14 ustawy z 3 grudnia 2010 r. na osobie, wobec której naruszono zakaz dyskryminacji, spoczywa jedynie ciężar uprawdopodobnienia faktu nierównego traktowania. Obowiązek wykazania, że nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania spoczywa na tym, komu zarzucono jej naruszenie.

Osoba, wobec której naruszono zakaz nierównego traktowania, zasługuje na szczególną ochronę, ponieważ udowodnienie dyskryminacji (np. faktu molestowania lub molestowania seksualnego) jest zwykle utrudnione, a niekiedy nawet niemożliwe. Przerzucenie ciężaru dowodu na stronę przeciwną powoduje w takiej sytuacji, że to ona jest obowiązana do udowodnienia braku okoliczności, które mogłyby zostać potraktowane jako jedna z form dyskryminacji (np.

8 M. Wandzel, Kodeks pracy. Komentarz (pod red. B.Wagner), 2004, s. 81-82

9 A. Sobczyk, Z problematyki równego traktowania w sferze wynagrodzeń, *Studia z Prawa Pracy i Polityki Społecznej* 2006, nr 1, s. 65.

10 P. Czarnecki, Rozkład ciężaru dowodu w sprawach na tle dyskryminacji, *PiZS* 2006, nr 3, s.11

molestowanie lub molestowanie seksualne).

Zasada dotycząca rozkładu ciężaru dowodu została przejęta do polskich aktów normatywnych z art. 10 dyrektywy Rady 2000/78/WE oraz art. 8 dyrektywy Rady 2000/43/WE. Według art. 4 ust. 1 dyrektywy 97/80 – będącej wzorcem dla tej regulacji – osoba, która uznaje się za dyskryminowaną, powinna przedstawić przed sądem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji. Do pozwanego należy udowodnienie, że nie nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania. Podobną treść zawiera art. 19 obecnie obowiązującej dyrektywy 2006/54/WE¹¹.

Ustawa z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania jest na tyle nowa, że nie doczekała się jeszcze interpretacji w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Jednakże do jej art. 14 ust. 2 i 3 mogą znaleźć zastosowanie poglądy wyrażone przez Sąd Najwyższy w odniesieniu do rozkładu ciężaru dowodu w sprawach z zakresu prawa pracy o naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu (czyli sądowa wykładnia art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p. oraz art. 10 dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy).

II.

1. W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, zgodnie z którym pracownik dochodzący odszkodowania z tytułu dyskryminacji w zatrudnieniu musi najpierw wykazać (co najmniej uprawdopodobnić), że pracodawca dopuścił się wobec niego naruszenia zasady równego traktowania, a dopiero następnie pracodawcę obciąża dowód, że przy różnicowaniu sytuacji pracowników kierował się obiektywnymi przestankami (por. postanowienie SN z 24 maja 2005 r., II PK 33/05, LEX nr 184961, PiZS 2006, nr 7, s. 35). Pracownik powinien najpierw przedstawić fakty uprawdopodobniające zarzut nierównego traktowania w zatrudnieniu, a wówczas na pracodawcę przechodzi ciężar dowodu, że kierował się obiektywnymi powodami (por. wyrok SN z 9 czerwca 2006 r., III PK 30/06, OSNP 2007, nr 11-12, poz. 160, z glosą L.Mitrusa, OSP 2008, nr 7-8, poz. 82 oraz wyrok SN z 3 września 2010 r., I PK 72/10, LEX nr 653657).

Sąd pracy rozpoznający sprawę o naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu

11 Art. 19. 1. Państwa Członkowskie podejmą takie działania, które są niezbędne, zgodnie z ich krajowymi systemami sądowymi, w celu zapewnienia, aby - jeżeli osoby, które uznają się za poszkodowane z powodu niezastosowania do nich zasady równego traktowania, uprawdopodobnią przed sądem lub innym właściwym organem okoliczności pozwalające domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji - do pozwanego należało udowodnienie, że nie nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania.

2. Ustęp 1 nie stanowi przeszkody, aby Państwa Członkowskie wprowadziły reguły dowodowe korzystniejsze dla powoda.

powinien dokonać oceny przyczyn, z powodu których pracodawca podjął kwestionowaną decyzję w jednej z kwestii wymienionych w art. 18^{3b} § 1 pkt 1-3 k.p. Przedstawienie przez pracodawcę racjonalnego, rzeczowego, uzasadnionego powodu podjęcia tej decyzji, może okazać się wystarczające dla nieuwzględnienia zarzutu dyskryminacji. Obowiązkiem pracodawcy w sporze z pracownikiem zarzucającym nierówne traktowanie w zatrudnieniu ze względu na jedno lub więcej zabronionych kryteriów różnicowania pracowników jest wykazanie, że podejmując zaskarżone przez pracownika czynności lub decyzje, kierował się obiektywnymi względami.

2. Zasada równego traktowania (art. 11² k.p.) i niedyskryminacji (art. 11³ k.p.), a właściwie wyrażona w tych przepisach jednolita (jak „dwie strony tego samego medalu”) zasada równego traktowania i niedyskryminacji, wprowadzona do Kodeksu pracy z mocą od 2 czerwca 1996 r., należy do katalogu podstawowych zasad prawa pracy, a więc jego norm ogólnych i zarazem mających podstawowe znaczenie dla tej gałęzi prawa, spełniających między innymi funkcję wytycznych legislacyjnych i dyrektyw wykładni pozostałych przepisów ustawodawstwa pracy. Wspomnianą zasadę - normę ogólną, kwalifikowaną w literaturze jako tzw. norma samowykonalna, należy zatem w całym zakresie jej odniesienia odczytywać w sposób zapewniający operacyjną przydatność dla praktyki stosowania prawa pracy. Pracownik może więc być „z natury rzeczy” obciążony tylko wstępną fazą ciężaru dowodu dyskryminacji, to jest ciężarem dowodu nierównego traktowania, gdyż to pracodawca zna jego rzeczywistą przyczynę i jest w stanie obronić się przed domniemaniem faktycznym dyskryminacji, jeśli wykaże racjonalne i usprawiedliwione przesłanki nierówności (różnicowania). Obarczenie pracownika pełnym ciężarem dowodu dyskryminacji sprowadziłoby zasadę równego traktowania do całkowitej fikcji, więc prawodawca nieprzypadkowo postanowił *expressis verbis* przerzucić na pracodawcę obowiązek dowodzenia przyczyn nierównego traktowania, przy czym uczyniwszy to początkowo tylko dla przeciwdziałania dyskryminacji kobiet, bezpośrednio przed akcesją Polski do Unii Europejskiej rozszerzył tę regulację na wszystkie potencjalne niedozwolone kryteria dyskryminacyjne (wyrok SN z 6 marca 2003 r., I PK 171/02, OSNP 2004, nr 15, poz. 258).

3. Wzorowany na art. 4 ust. 1 dyrektywy Rady 97/80/WE (obecnie art.19 dyrektywy Rady 2006/54/WE) oraz art. 10 dyrektywy Rady 2000/78/WE przepis art. 18^{3b} § 1 k.p. zmienia rozkład ciężaru dowodu przewidziany w art. 6 k.c. w związku z art. 300 k.p. i w procesie o odszkodowanie za naruszenie zakazu dyskryminacji zwalnia pracownika z obowiązku udowodnienia faktu jego dyskryminacji. Podążając śladami orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (orzeczenia z 31 marca 1981 r., C-96/80 w sprawie *J.P.Jenkins* przeciwko *Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* oraz z 13 maja 1986 r., C-170/84, w sprawie *Susanna Brunnhofer* przeciwko *Bank*

der Österreichischen Postsparkasse AG), również Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że w tego rodzaju sporach pracownik powinien przedstawić przed sądem fakty, z których można wyprowadzić domniemanie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, a wówczas na pracodawcę przechodzi ciężar dowodu, że przy różnicowaniu sytuacji pracowników kierował się obiektywnymi przesłankami (por. wyrok SN z 9 czerwca 2006 r., III PK 30/06, OSNP 2007, nr 11-12, poz. 160 oraz wyrok SN z 22 lutego 2007 r., I PK 242/06, OSNP 2008, nr 7-8, poz. 98).

W wyroku z 7 kwietnia 2011 r., I PK 232/10 (niepublik.) Sąd Najwyższy rozważał zasadność roszczenia o odszkodowanie za naruszenie zasady równego traktowania pracowników i zasady niedyskryminacji przy ustalaniu wynagrodzenia. Powód, zatrudniony w pozwanym uniwersyteckim szpitalu klinicznym na stanowisku asystenta, był lekarzem I stopnia specjalizacji i miał ustalone wynagrodzenie zasadnicze w wysokości 3.743 zł miesięcznie. Jednocześnie wynagrodzenie zasadnicze lekarzy odbywających specjalizację (lekarzy rezydentów) wynosiło po dwóch latach rezydentury 3.890 zł. Powód, dochodząc odszkodowania z tytułu naruszenia zakazu dyskryminacji w zakresie wynagradzania za pracę, powinien był uprawdopodobnić, że znajduje się w gorszej sytuacji od rezydentów, a pozwany szpital powinien był wykazać, że różnicując sytuację zarobkową powoda w porównaniu z rezydentami kierował się racjonalnymi kryteriami owej dyferencjacji. Tak też się stało w omawianym sporze. Powód wykazał, że mniej zarabiał, jeśli chodzi o wynagrodzenie zasadnicze, od lekarza rezydenta, pozwany szpital zaś podał racjonalne przyczyny owej dyferencjacji (środki na wynagrodzenia rezydentów pochodzą z budżetu państwa, natomiast środki na finansowanie wynagrodzeń pozostałych lekarzy pochodzą z Narodowego Funduszu Zdrowia; wynagrodzenie lekarzy pozwanego szpitala nie jest w żaden sposób dotowane z budżetu, a jego wysokość wynika z trudnej sytuacji finansowej szpitala). Abstrahując zatem od oceny, czy praca lekarza asystenta jest w porównaniu z pracą lekarza rezydenta pracą jednakowego charakteru lub jednakowej wartości w sensie prawnym, trzeba przyjąć, że pracodawca uzasadnił w sposób logiczny i jasny, powołując się na politykę zatrudnienia prowadzoną przez państwo wobec absolwentów uczelni medycznych, dlaczego odmiennie wynagradza rezydentów. Zaprzeczenie istnienia dyskryminacji w rozumieniu art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p. uwalnia sąd od konieczności analizowania sprawy z punktu widzenia szczególnych przejawów dyskryminacji, np. dyskryminacji w zakresie wynagradzania (art. 18^{3c} k.p.). O dyskryminacji w odniesieniu do wynagrodzenia (które to pojęcie musi być rozumiane zgodnie z art. 18^{3c} § 2 k.p.) można mówić dopiero wówczas, gdy dostrzegalnie odbiega ono od wynagrodzenia innych osób wykonujących pracę jednakową lub pracę o jednakowej wartości. Przyjęcie odmiennego założenia – że niewielkie, drobne różnice w wynagrodzeniu mogą być uznane za dyskryminację, jeśli tylko praca ma cechy, o których mowa w

art. 18^{3c} § 1 k.p. - prowadziłyby do sytuacji, w której *de facto* sądy kształtowałyby siatkę płac u pracodawców, co jest niedopuszczalne.

4. Podobnie przyjęto w wyroku z 15 września 2006 r., I PK 97/06 (OSNP 2007, nr 17-18, poz. 251), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że pracownik dochodzący odszkodowania (art. 18^{3d} k.p.) z tytułu naruszenia przez pracodawcę zasady równego traktowania w zakresie wynagrodzenia za pracę powinien wykazać, że wykonywał jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości co pracownicy wynagradzani korzystniej (art. 18^{3c} § 1 k.p.), niezależnie od konieczności wykazania, że inni porównywalni pracownicy otrzymywali w tym samym czasie wyższe wynagrodzenie.

W sporach dotyczących nierównego traktowania w związku z naruszeniem prawa do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości (art. 18^{3c} § 1 k.p.) trudność z uprawdopodobnieniem przez powoda faktu nierównego traktowania może być wynikiem objęcia wysokości wynagrodzenia otrzymywanego przez poszczególnych pracowników klauzulami poufności zawartymi w umowach o pracę. Pracownik może napotkać przeszkody w uprawdopodobnieniu przed sądem posiadanych informacji o istotnych (prawnie doniosłych) różnicach w wysokości swojego wynagrodzenia oraz wynagrodzenia otrzymywanego przez innych pracowników wykonujących jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości. Sąd pracy powinien wtedy zobowiązać pozwanego pracodawcę do przedstawienia informacji o wysokości wynagrodzenia porównywalnych pracowników. Odmowa ujawnienia tych informacji (z powołaniem się na umowne klauzule poufności) może być oceniona albo na podstawie art. 233 § 2 k.p.c. (sąd oceni według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę dowodu lub przeszkodom stawianym przez nią w jego przeprowadzeniu wbrew postanowieniu sądu), albo z uwzględnieniem skutków nieobalenia przez pracodawcę domniemania nierównego traktowania, jeżeli sąd uzna za wiarygodne zeznania powoda, że inni pracownicy otrzymują wyższe wynagrodzenie.

5. Kwestia zakresu ciężaru dowodu spoczywającego na pracowniku była rozważana w wyroku z 9 stycznia 2007 r., II PK 180/06 (OSNP 2008, nr 3-4, poz. 36), w którym Sąd Najwyższy przyjął, że w celu uruchomienia szczególnego mechanizmu rozkładu ciężaru dowodu, określonego w art. 18^{3b} § 1 k.p., pracownik, który we własnej ocenie był dyskryminowany, powinien wskazać przyczynę dyskryminacji oraz okoliczności dowodzące nierównego traktowania z tej przyczyny. W wyroku tym przyjęto również, że przepisy Kodeksu pracy odnoszące się do zakazu dyskryminacji nie mają zastosowania w przypadkach nierównego traktowania niespowodowanego przyczyną uznaną za podstawę dyskryminacji (art. 11² i 11³ k.p.).

W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że dyskryminacja (art. 11³ k.p.),

w odróżnieniu od "zwykłego" nierównego traktowania (art. 11² k.p.), oznacza gorsze traktowanie pracownika ze względu na jego cechę lub właściwość, określaną w Kodeksie pracy jako przyczyna (w języku prawniczym także jako podstawa lub kryterium) dyskryminacji, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, narodowość, przekonania, zwłaszcza polityczne lub religijne, oraz przynależność związkową (por. wyrok SN z 10 września 1997 r., I PKN 246/97, OSNAPiUS 1998, nr 12, poz. 360; wyrok SN z 19 stycznia 1998 r., I PKN 484/97, OSNAPiUS 1998, nr 24, poz. 710; wyrok SN z 24 marca 2000 r., I PKN 314/99, OSNAPiUS 2001, nr 15, poz. 480; wyrok SN z 17 lutego 2004 r., I PK 386/03, OSNP 2005, nr 1, poz. 6; wyrok SN z 5 maja 2005 r., III PK 14/05, OSNP 2005, nr 23, poz. 376). Normatywne wyróżnienie dyskryminacji, jako kwalifikowanej postaci nierównego traktowania, służy przeciwdziałaniu najbardziej nagannym i szkodliwym społecznie przejawom nierównego traktowania. Uzasadnia to wdrożenie takich szczególnych rozwiązań prawnych, służących zwalczaniu tego rodzaju nierówności, jak konstrukcja dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej (art. 18^{3a} § 4 k.p.), zachęcania do nierównego traktowania z wyżej wymienionych powodów (art. 18^{3a} § 5 pkt 1 w związku z art. 18^{3a} § 2 k.p.), molestowania (art. 18^{3a} § 5 pkt 2 i § 6 k.p.), szczególnego rozkładu ciężaru dowodu w sprawach o dyskryminację (art. 18^{3b} § 1 k.p.) i inne. Wynika stąd jednocześnie, że przepisy Kodeksu pracy odnoszące się do dyskryminacji nie mają zastosowania w przypadkach nierównego traktowania niespowodowanego przyczyną uznaną za podstawę dyskryminacji. Skoro zatem powód zarzucał pozwanemu naruszenie przepisów odnoszących się do dyskryminacji, to powinien był wskazać przyczynę, ze względu na którą był dyskryminowany. Skarżący żadnej przyczyny dyskryminacji nie wskazał. Wobec tego bezpodstawnie zarzucał on sądowi drugiej instancji niezastosowanie szczególnej konstrukcji rozkładu ciężaru dowodu właściwej dla postępowania w sprawach o dyskryminację. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 18^{3b} § 1 k.p., to powód powinien wykazać nierówne traktowanie w porównaniu z innymi osobami znajdującymi się w jednakowej sytuacji faktycznej i prawnej, pozwany zaś, broniąc się przed zarzutem dyskryminacji, musi wykazać, że to nierówne traktowanie – jeżeli faktycznie miało miejsce – było obiektywnie usprawiedliwione i nie wynikało z przyczyn pozwalających na przypisanie mu działania dyskryminującego powoda (por. wyrok SN z 17 lutego 2004 r., I PK 386/03, OSNP 2005, nr 1, poz. 6). Wynika stąd, że w celu uruchomienia szczególnego mechanizmu rozkładu ciężaru dowodu określonego w art. 18^{3b} § 1 k.p., pracownik, który we własnej ocenie był dyskryminowany, powinien wskazać przyczynę dyskryminacji oraz okoliczności dowodzące nierównego traktowania z tej przyczyny, co powinno zasadniczo nastąpić w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (art. 187 § 1 k.p.c.).

W doktrynie podniesiono, że wątpliwości budzi wprowadzenie wymagania wobec

pracownika, aby wskazał przyczynę dyskryminacji (w uzasadnieniu powołanego wyroku stwierdzono, że "przyczyna" bywa określana także jako "podstawa" lub "kryterium"). Wymaganie to nie wynika bowiem ani z art. 18^{3b} § 1 k.p., ani z odpowiednich przepisów dyrektyw. Trudno także oczekiwać od pracownika znajomości motywów, które leżały u podstaw zachowania pracodawcy, postrzeganego przez pracownika jako dyskryminujące.¹²

6. W wyroku z 7 stycznia 2009 r., III PK 43/08 (OSNP 2010, nr 13-14, poz. 160), Sąd Najwyższy wyraził trafny pogląd, że ciężar dowodu wysokości należnego pracownikowi odszkodowania z art. 18^{3d} k.p. spoczywa na powodzie (art. 6, art. 471 k.c. i art. 361 k.c. w związku z art. 300 k.p.). Szczególny rozkład ciężaru dowodu, korzystny dla pracownika, przewidziany w art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p., dotyczy bowiem tylko bezprawności zachowania pracodawcy (dyskryminacji), a nie pozostałych – poza bezprawnością – przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej pracodawcy (w szczególności rozmiaru szkody oraz związku przyczynowego między bezprawnym zachowaniem pracodawcy a poniesioną szkodą). W tym samym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że samo pominięcie pracownika w awansowaniu nie oznacza automatycznie, że pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu. Jak wynika z art. 18^{3b} § 1 pkt 2 k.p. za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu uważa się różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika, czego skutkiem jest pominięcie przy awansowaniu, jeżeli nastąpiło to z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p. Przepis ten zawiera wyliczenie kilku przyczyn różnicowania pracowników, które są zakazane (czyli dyskryminujące). Wyliczenie to ma jednak charakter jedynie przykładowy. Mogą się ujawnić inne niedozwolone kryteria różnicowania sytuacji pracowników, czyli takie, które nie mają związku z wykonywaną przez nich pracą. Powódka nie wskazała, jakie niedozwolone kryterium zastosował przypuszczalnie pozwany pracodawca, nie powołując jej na stanowisko przewodniczącej wydziału. Powódka uważa, że była dyskryminowana, ponieważ nie została przewodniczącą wydziału, pomimo rekomendacji poprzedniej przewodniczącej, najdłuższego stażu pracy, doświadczenia w wykonywaniu funkcji przewodniczącej wydziału i dobrych wyników pracy wydziału w okresie roku pełnienia przez nią obowiązków przewodniczącej. Zdaniem Sądu Najwyższego, powołane przez powódkę okoliczności same przez się nie przesądzają o dyskryminacji, gdyż pracodawca może się obronić w wyniku udowodnienia, że nie awansując powódkę, kierował się obiektywnymi powodami (art. 18^{3b} § 1 k.p.).

7. Uzasadnienie zarzutu dyskryminacji nie może być ogólnikowe, twierdzenia powoda powinny nawiązywać do okoliczności wskazanych przez pracodawcę jako względy, którymi się kierował różnicując sytuację pracowników (art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p.) (wyrok SN z 4 stycznia 2008 r., I

12 E.Maniewska, K.Jaśkowski, Kodeks pracy. Komentarz, wersja elektroniczna LEX 2011, tezy do art. 18^{3a} - 18^{3e} k.p.

PK 188/07, LEX nr 442864). W sprawie tej powódka domagała się odszkodowania z tytułu nierównego traktowania w zatrudnieniu, ponieważ pracodawca po rozwiązaniu z nią umowy o pracę za porozumieniem stron odmówił przyznania jej świadczenia gwarantowanego pracownikom w „programie odejść dobrowolnych”. Sąd Najwyższy uznał, że twierdzenie skarżącej jakoby była dyskryminowana "w procesie rozwiązania z nią stosunku pracy", nie zostało szerzej uzasadnione. Za dostateczne uzasadnienie tego zarzutu nie można uznać stwierdzenia powódki, że "widziała inne osoby zatrudnione u pozwanej, pracujące i będące w analogicznej sytuacji co powódka, które otrzymały odszkodowanie, którego dochodziła powódka". Twierdzenia o "analogicznej sytuacji" są ogólnikowe i nie nawiązują do okoliczności wskazywanych przez pracodawcę jako względy, którymi się kierował, różnicując sytuację pracowników (art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p.). Pozwany pracodawca dokonywał poważnej redukcji zatrudnienia, w ramach której podejmował decyzje o likwidacji poszczególnych stanowisk pracy stosownie do swoich potrzeb organizacyjnych. Z tego względu w sposób usprawiedliwiony mógł zdecydować o likwidacji zajmowanego przez powódkę stanowiska pracy dopiero w czasie, gdy nie obowiązywał już „program odejść dobrowolnych”, a nie kilka miesięcy wcześniej. Rozwiązanie z powódką stosunku pracy (wyrażenie przez pozwaną zgody na rozwiązanie umowy o pracę za porozumieniem stron) w określonej dacie stanowiło konsekwencję przyjęcia określonej strategii restrukturyzacyjnej. Jak ustalił Sąd Okręgowy, "pозwana za główne obszary redukcji etatów przyjęła tzw. pion wsparcia, a nie pion kliencki, w którym pracowała powódka; ten pion, utworzony w 2003 r., dopiero się rozwijał się i nie przewidywano w nim zwolnień". Okoliczności, które doprowadziły do zróżnicowania sytuacji prawnej powódki stanowią w tej sytuacji (udowodnione przez pracodawcę) "inne względy" w rozumieniu art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p., którymi kierował się pracodawca. Stosunek pracy z powódką został rozwiązany po upływie gwarantowanego pracownikom okresu zatrudnienia; wobec tego nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania (zakazu dyskryminacji) przez odmowę wypłacenia odszkodowania z „programu odejść dobrowolnych”.

8. Odmowa nawiązania stosunku pracy musi być uzasadniona przyczynami niedyskryminującymi pracownika. Wynika to nie tylko z art. 18^{3b} § 1 pkt 1 k.p., ale także z art. 11² k.p. i art. 11³ k.p. Nieprzeprowadzenie przez pracodawcę dowodu niedyskryminacji osoby zamierzającej nawiązać stosunek pracy uprawnia tę osobę do odszkodowania przewidzianego w art. 18^{3d} k.p. W wyroku z 11 stycznia 2006 r., II UK 51/05 (OSNP 2006, nr 23-24, poz. 366) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że w sytuacji gdy z treści umowy o pracę wynika zobowiązanie pracownicy do wykonywania pracy pod kierownictwem pracodawcy, a pracodawca zobowiązuje się do wypłacania wynagrodzenia (art. 22 § 1 k.p.) i umowa jest wykonywana zgodnie z jej treścią, nie

można przyjąć, że celem tej umowy było obejście prawa (art. 58 § 1 k.c.), nawet wówczas gdy obie strony umowy wiedziały o ciąży pracownicy i związanej z tym konieczności przerwania pracy na czas porodu i urlopu macierzyńskiego. Prawo nie zakazuje bowiem zatrudniania kobiet w ciąży, a przeciwnie, odmowa zatrudnienia kobiety tylko z tej przyczyny, że jest w ciąży, byłaby uznana za dyskryminację (art. 18^{3a} § 1 i art. 18^{3b} § 1 pkt 1 k.p.). Podobny pogląd Sąd Najwyższy wyraził w wyroku z 14 lutego 2006 r., III UK 150/05, LEX nr 272551, stwierdzając, że kobietom ciężarnym przysługuje ochrona przed odmową zatrudnienia z powodu ciąży, a odmowa nawiązania stosunku pracy, podyktowana taką przyczyną, jest traktowana jako dyskryminacja ze względu na płeć.

9. W razie zróżnicowania wynagrodzenia pracowników wykonujących jednakową pracę (art. 18^{3c} § 1 k.p.) pracodawca powinien udowodnić, że różnicując wynagrodzenie kierował się obiektywnymi powodami (art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p.). Przy powołaniu się pracodawcy na różne kwalifikacje zawodowe i staż pracy oznacza to konieczność wykazania, że miały one znaczenie przy wykonywaniu zadań powierzonych pracownikowi (wyrok SN z 22 lutego 2007 r., I PK 242/06, OSNP 2008, nr 7-8, poz. 98).

10. Polskie prawo procesowe nie reguluje możliwości przeprowadzenia eksperymentów naturalnych (testów dyskryminacyjnych - *situation testing*) jako metody wykazania zachowań dyskryminacyjnych.¹³ Jednak w Kodeksie postępowania cywilnego nie zawarto zamkniętego katalogu środków dowodowych i dopuszczalne jest skorzystanie z każdego źródła informacji o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jeśli tylko nie jest to sprzeczne z przepisami prawa (wyrok SN z 5 listopada 2008 r., I CSK 138/08, LEX nr 548795). Jednocześnie Kodeks postępowania cywilnego nie ustanawia formalnej hierarchii dowodów (art. 244-309 k.p.c.), ponieważ żaden dowód nie wiąże sądu i podlega swobodnej ocenie sędziowskiej (art. 233 § 1 k.p.c.). Sąd może dopuścić jako dowód każde źródło informacji o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli tylko dowód ten nie został uzyskany w sposób sprzeczny z prawem. Przy braku regulacji w prawie procesowym decyzję o dopuszczalności (zgodności z prawem) określonego środka dowodowego należy pozostawić sądowi orzekającemu. Sąd może przesłuchać w charakterze świadków osoby, które uczestniczyły w eksperymencie naturalnym i dowód z ich zeznań poddać ocenie według ogólnych reguł wiarygodności dowodów. Sąd pracy rozpoznający sprawę o dyskryminację może stosować konstrukcję dowodu *prima facie*, opartą na domniemaniu faktycznym (art. 231 k.p.c.).

11. Nie ulega natomiast wątpliwości, że sąd pracy rozpoznający sprawę o naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu może dopuścić z urzędu dowód niewskazany przez strony

13 K.Wencel, Owoc zatrutego drzewa? Wyniki eksperymentów naturalnych (*situation testing*) jako dowód w sprawach o dyskryminację, Instytut Spraw Publicznych, 2010

(art. 232 zdanie drugie k.p.c.). Wyraźnie możliwość taką dopuścił Sąd Najwyższy w wyroku z 15 września 2006 r., I PK 97/06 (OSNP 2007, nr 17-18, poz. 251), wyrażając pogląd, że skorzystanie z możliwości dopuszczenia z urzędu dowodu niewskazanego przez stronę (art. 232 zdanie drugie k.p.c.) jest uprawnieniem sądu zmierzającego do wymierzenia sprawiedliwości w sposób rzetelny, zgodny z ustalonym stanem faktycznym opartym o prawidłową ocenę dowodów oraz prawem materialnym mającym do niego zastosowanie, jeżeli nie prowadzi do naruszenia bezstronności sądu, a w szczególności nie jest działaniem dokonanym wyłącznie w interesie jednej ze stron. W sprawie tej powódki (radczynie prawne) domagały się wyrównania swoich wynagrodzeń do poziomu wynagrodzeń otrzymywanych przez głównych specjalistów (między innymi głównego mechanika, głównego energetyka, głównego automatyka, głównego inżyniera do spraw sprzętu i transportu), twierdząc, że były dyskryminowane ze względu na płeć. Sąd pierwszej instancji dopuścił z urzędu dowody z zakresów czynności i umów o pracę głównych specjalistów zatrudnionych u strony pozwanej - w ocenie powódek bez usprawiedliwionej podstawy i potrzeby oraz z naruszeniem zasady kontrydiktoryjności i równego traktowania stron procesu. Powódki twierdziły, że sąd pierwszej instancji dopuścił dowód z urzędu bez potrzeby procesowej i wyłącznie w interesie strony pozwanej. Ocena tego zarzutu wymagała rozważenia, w jaki sposób rozłożony był w tej sprawie ciężar dowodu. Powódki dochodziły wyrównania ich wynagrodzeń za pracę do poziomu wynagrodzenia uzyskiwanego przez głównych specjalistów. Pracownik dochodzący „wyrównania wynagrodzenia” (w istocie odszkodowania na podstawie art. 18^{3d} k.p. za nierówne traktowanie w zatrudnieniu w zakresie wynagrodzenia) powinien wykazać, że wykonywał jednakową pracę lub pracę o jednakowej wartości co pracownik wynagradzany korzystniej, a pracodawca może udowadniać, że różnicując wysokość wynagrodzenia kierował się obiektywnymi powodami. Dowód z zakresów czynności i umów o pracę głównych specjalistów pozwanego pracodawcy służył między innymi ocenie, czy powódki wykonywały taką samą (jednakową) pracę jak główni specjaliści lub pracę jednakowej wartości. Dowód ten służył więc również ustaleniu okoliczności, której wykazanie obciążało powódki, czyli nie został dopuszczony wyłącznie w interesie strony pozwanej. Z tego względu nie można uznać, aby dopuszczenie przez sąd pierwszej instancji tego dowodu z urzędu było działaniem naruszającym bezstronność sądu. Służyło ono wyjaśnieniu okoliczności niezbędnej do prawidłowego zastosowania prawa materialnego (rzetelnego wymierzenia sprawiedliwości) i dlatego nie stanowiło naruszenia art. 232 zdanie drugie k.p.c. Sąd Najwyższy nie podzielił także zarzutów powódek naruszenia art. 11², art. 11³ oraz art. 18^{3b} k.p. przez ich niezastosowanie, chociaż pozwany pracodawca nie udowodnił, że zróżnicowanie wynagrodzeń powódek i głównych specjalistów zostało spowodowane racjonalnymi i

obiektywnymi kryteriami. Zgodnie z art. 78 § 1 k.p., wynagrodzenie za pracę powinno być tak ustalone, aby odpowiadało w szczególności rodzajowi wykonywanej pracy i kwalifikacjom wymaganych przy jej wykonywaniu, a także uwzględniało ilość i jakość świadczonej pracy. Z istoty stosunku pracy wynika więc różnicowanie wysokości wynagrodzenia za pracę poszczególnych pracowników. Wynagrodzenie za pracę (zgodnie z zasadą korzystności - art. 9 i 18 k.p.) określają akty prawne powszechnie obowiązujące (ustawy, rozporządzenia wykonawcze), układy zbiorowe pracy (art. 77¹ k.p.), regulaminy wynagradzania (art. 77² k.p.) oraz umowa o pracę (art. 29 § 1 k.p.). Wynagrodzenia za pracę nie może natomiast kształtować sąd pracy - art. 262 § 2 pkt 1 k.p. Wyjątki w tym zakresie wprowadzają jedynie przepisy o nierównym traktowaniu pracowników (dyskryminacji). W szczególności wynika to z art. 9 § 4 k.p. (postanowienia układów zbiorowych pracy i innych opartych na ustawie porozumień zbiorowych, regulaminów oraz statutów określających prawa i obowiązki stron stosunku pracy, naruszające zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, nie obowiązują), art. 18 § 3 k.p. (postanowienia umów o pracę i innych aktów, na podstawie których powstaje stosunek pracy, naruszające zasadę równego traktowania w zatrudnieniu są nieważne; zamiast takich postanowień stosuje się odpowiednie przepisy prawa pracy, a w razie braku takich przepisów - postanowienia te należy zastąpić odpowiednimi postanowieniami niemającymi charakteru dyskryminacyjnego), a pośrednio także z art. 18^{3d} k.p. (osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalone na podstawie odrębnych przepisów). W zakresie wynagrodzenia za pracę, ogólne normy art. 11² i 11³ k.p. są skonkretyzowane w art. 18^{3b} § 1 pkt 2 k.p., a zwłaszcza w art. 18^{3c} k.p., zgodnie z którym pracownicy mają prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości (§ 1), a wynagrodzenie to obejmuje wszystkie składniki wynagrodzenia, bez względu na ich nazwę i charakter, a także inne świadczenia związane z pracą, przyznawane pracownikom w formie pieniężnej lub w innej formie niż pieniężna (§ 2). Powódki jako radczynie prawne wykonywały niewątpliwie inną pracę (niejednakową) niż główni specjaliści strony pozwanej. Legalną definicję pracy jednakowej wartości zawiera art. 18^{3c} § 3 k.p., według którego pracami o jednakowej wartości są prace, których wykonywanie wymaga od pracowników porównywalnych kwalifikacji zawodowych, potwierdzonych dokumentami przewidzianymi w odrębnych przepisach lub praktyką i doświadczeniem zawodowym, a także porównywalnej odpowiedzialności i wysiłku. Sąd drugiej instancji powołał się na wskazane przesłanki, w tym zwłaszcza na zakres odpowiedzialności i wysiłku w wykonywaniu pracy przez powódki i głównych specjalistów. Argumentacja w tym zakresie jest racjonalna i odwołująca się do konkretnych

okoliczności faktycznych, a przez to usprawiedliwiająca ocenę, że powódki nie wykonywały pracy o jednakowej wartości co praca głównych specjalistów. Zdaniem Sądu Najwyższego, powódki nie podważyły skutecznie tej oceny w skardze kasacyjnej, gdyż można uznać, że wykonywały pracę wymagającą porównywalnych kwalifikacji zawodowych co główni specjaliści, ale inny był poziom odpowiedzialności i wysiłku. Ostatecznie żądania powódek okazały się nieuzasadnione dlatego, że nie wykazały one wykonywania takiej samej pracy lub pracy takiej samej wartości co główni specjaliści (art. 18^{3c} k.p.), a nie dlatego, że pracodawca udowodnił kierowanie się obiektywnymi powodami zróżnicowania wynagrodzenia (art. 18^{3b} § 1 k.p.).



Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego (PTPA) zostało powołane w dniu 9 grudnia 2006 r. Jest stowarzyszeniem działającym na podstawie ustawy Prawo o stowarzyszeniach. Członkami stowarzyszenia są prawnicy – adwokaci, radcowie prawni, prawnicy organizacji pozarządowych, których zainteresowania skupiają się wokół zagadnienia ochrony praw człowieka, przeciwdziałania dyskryminacji, promowania zasady równego traktowania w szczególności bez względu na płeć, wiek, rasę i pochodzenie etniczne, orientację seksualną, religię i przekonania i niepełnosprawność.

Celem Towarzystwa jest popieranie rozwoju nauki prawa antydyskryminacyjnego, upowszechnianie wiedzy w tym zakresie oraz aktywne działanie na rzecz zwalczania dyskryminacji.

Towarzystwo realizuje swoje cele w szczególności poprzez:

- inicjowanie i organizowanie badań naukowych, w tym prawno-porównawczych,
- przygotowywanie ekspertyz naukowych,
- upublicznianie dyskusji na temat zjawiska dyskryminacji,
- wspieranie osób dotkniętych dyskryminacją i problemami z nią związanymi, ze szczególnym uwzględnieniem pomocy prawnej łącznie z reprezentacją przed sądami powszechnymi, sądami międzynarodowymi oraz organami administracji publicznej,
- kształtowanie postaw tolerancji i przełamywanie uprzedzeń i stereotypów wobec grup narażonych na dyskryminację;
- działanie na rzecz ochrony praw człowieka i propagowanie wiedzy na ich temat
- propagowanie inicjatyw sprzyjających tworzeniu atmosfery zaufania i szacunku dla ludzi różnych religii, kultur i światopoglądów

kontakt:

Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego

ul. Gałczyńskiego 7/6

00-362 Warszawa

www.ptpa.org.pl



**POLSKIE TOWARZYSTWO
PRAWA ANTYDISKRYMINACYJNEGO**