

PRACA ZBIOROWA

DYSKRYMINACJA W ZATRUDNIENIU

– JAK MOŻNA JEJ UNIKNAĆ

ISBN 978-83-7440-810-3



SPIS TREŚCI

WSTĘP	4
1. ZAKAZ DYSKRYMINACJI W ZATRUDNIENIU	5
2. ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA W ZATRUDNIENIU A ZAKAZ DYSKRYMINACJI	5
3. KRYTERIA DYSKRYMINACJI	6
3.1. Płeć	8
3.2. Wiek	9
3.3. Niepełnosprawność	10
3.4. Orientacja seksualna	12
3.5. Rasa, pochodzenie etniczne, narodowość	13
3.6. Religia, wyznanie	17
3.7. Przekonania polityczne	18
3.8. Przynależność związkowa	18
3.9. Zatrudnienie w pełnym albo niepełnym wymiarze czasu pracy	19
3.10. Zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony	21
4. DYSKRYMINACJA BEZPOŚREDNIA	22
5. DYSKRYMINACJA POŚREDNIA	23
6. ZACHĘCANIE LUB NAKAZANIE DYSKRYMINACJI	25
7. MOLESTOWANIE	26
8. MOLESTOWANIE SEKSUALNE.....	28
9. ZAKAZ WIKTYMIZACJI.....	29
9.1. Co zakaz wiktymizacji oznacza dla pracodawcy	29
10. ZAKRES ZAKAZU DYSKRYMINACJI NA ETAPIE NAWIĄZYWANIA STOSUNKU PRACY	30
11. DYSKRYMINACJA A ROZWIĄZANIE STOSUNKU PRACY	34
12. KSZTAŁTOWANIE WARUNKÓW ZATRUDNIENIA, AWANSU, DOSTĘPU DO SZKOLEŃ	36

13. WYŁĄCZENIA OD ZASADY RÓWNEGO TRAKTOWANIA	38
13.1. Cecha decydująca o możliwości wykonywania pracy	38
13.2. Zmiana warunków zatrudnienia	39
13.3. Ochrona rodzicielstwa	39
13.4. Staż pracy – kryterium różnicujące	41
13.5. „Akcje pozytywne”	41
13.6. Wyznanie	42
14. ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA W ZAKRESIE WYNAGRODZEŃ	42
15. SKUTKI NARUSZENIA ZAKAZU DYSKRYMINACJI	45
15.1. Odszkodowanie	45
15.2. Uchylenie dyskryminujących przepisów	47
15.3. Nieważność postanowień umownych	48
15.4. Rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia przez pracownika	48
15.5. Odpowiedzialność karna	49
15.6. Ciężar dowodu w sprawach o dyskryminację	50
16. JAK PRZECIWDZIAŁAĆ DYSKRYMINACJI W ZATRUDNIENIU	51
17. ZAKAZ DYSKRYMINACJI TELEPRACOWNIKA	55
18. ZAKAZ DYSKRYMINACJI PRACOWNIKA TYMCZASOWEGO	56
19. ZAKAZ DYSKRYMINACJI W PYTANIACH I ODPOWIEDZIACH	58

DYSKRYMINACJA W ZATRUDNIENIU – JAK MOŻNA JEJ UNIKNAĆ

WSTĘP

Celem zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu jest zagwarantowanie pracownikom (osobom ubiegającym się o zatrudnienie), że będą oceniani według posiadanych kwalifikacji, doświadczenia zawodowego, jakości oraz ilości wykonanej pracy. Pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych. Mają oni prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę o jednakowej wartości.

Stosowanie przez pracodawców obiektywnych, związanych z pracą, kryteriów rekrutacji, różnicowania warunków zatrudnienia czy doboru pracowników do zwolnień przyczynia się do polepszenia atmosfery w miejscu pracy. Dodatkowo równe traktowanie pracowników jednakowo wykonujących te same obowiązki, w szczególności w zakresie warunków wynagrodzenia, dostępu do szkoleń i awansowania, wpływa na nich motywująco. Zatem przestrzeganie zakazu dyskryminacji może być sposobem na poprawienie warunków zatrudnienia i osiągnięcie przez pracowników lepszych wyników w pracy.

Pracodawca może uniknąć dyskryminacji w zatrudnieniu, opracowując i stosując w zakładzie procedurę antydyskryminacyjną. Wzór takiej procedury został zamieszczony w niniejszej publikacji.

1. ZAKAZ DYSKRYMINACJI W ZATRUDNIENIU

W prawie polskim zakaz dyskryminacji jest zagwarantowany w konstytucji, a także z wiążących Polskę umów międzynarodowych oraz Kodeksu pracy. Zgodnie z przepisami konstytucji nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny (art. 32 ust. 2 Konstytucji RP).

Regulacja kodeksowa w zakresie zakazu dyskryminacji jest wdrożeniem do prawa krajowego dyrektyw wspólnotowych, przy czym nie jest ona precyzyjna i budzi wiele wątpliwości. Analizując przepisy art. 18^{3a}–18^{3e} ustawy – Kodeks pracy (dalej: k.p.), należy niekiedy sięgnąć bezpośrednio do tekstów dyrektyw UE. Trzeba jednak pamiętać, że postanowienia dyrektyw wyznaczają jedynie minimum ochrony pracownika, a więc przepisy prawa krajowego mogą kształtować sytuację pracownika korzystniej w stosunku do regulacji wspólnotowych.

Przy stosowaniu krajowych regulacji antidyskryminacyjnych należy pamiętać o przepisach wspólnotowych. W szczególności są to:

- dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz.Urz. UE L 180 z 2000 r., s. 22),
- dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. UE L 303 z 2000 r., s. 16),
- dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/54/WE z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. UE L 204 z 2006 r., s. 23).


2. ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA W ZATRUDNIENIU A ZAKAZ DYSKRYMINACJI

Zasada równego traktowania w zatrudnieniu polega na tym, że pracownicy mają równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków (art. 11² k.p.). Zasada ta jest skonkretyzowaniem na gruncie prawa pracy konstytucyjnej zasady równości w prawie, która oznacza, że *podmioty charakteryzujące się daną cechą istotną w równym stopniu mają być traktowane równo, tzn. według jednakowej miary, bez zróżnicowania zarówno dyskryminującego, jak i faworyzującego* (orzeczenie TK z 28 listopada 1995 r., K 17/95, Z.U. 1995/3/18). Nie można więc mówić o istnieniu zasady równego traktowania wszystkich wobec wszystkich. Zasada ta ma charakter względny, a jej naruszenie sprowadza się do różnego traktowania osób odznaczających się określoną cechą istotną w stopniu równym. W związku z tym, aby stwierdzić, czy w konkretnym przypadku doszło do naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu, trzeba porównać sytuację dwóch pracowników.

Zasada ta zostanie naruszona wtedy, gdy:

- pracownicy jednakowo wykonujący te same obowiązki będą traktowani różnie albo
- pracownicy niejednakowo wykonujący te same obowiązki bądź wykonujący różne obowiązki będą traktowani tak samo.

Zgodne z zasadą równego traktowania w zatrudnieniu będzie np. przyznanie pracownikom wykonującym pracę w szczególnie szkodliwych dla zdrowia warunkach (a nieprzyznanie pozostałym pracownikom) dodatku do wynagrodzenia z tytułu pracy w szkodliwych warunkach. Natomiast naruszeniem tej zasady będzie przyznanie pracownikom, wykonującym w tych warunkach jednakową pracę, wyżej wymienionego dodatku w różnej wysokości.

 Przyznanie dodatku za pracę w szczególnie szkodliwych warunkach pracownikom pracującym w tych warunkach nie dyskryminuje pracowników zatrudnionych w warunkach normalnych.

Uzupełnieniem zasady równego traktowania w zatrudnieniu jest zakaz dyskryminacji, o którym mowa w art. 32 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 11³ k.p. Zakaz ten określa zasadę równego traktowania od strony negatywnej, wskazując kryteria, ze względu na które niedopuszczalne jest różnicowanie sytuacji pracowników (kryteria dyskryminacji). W prawie pracy za kryteria dyskryminacji uznaje się w szczególności: płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, zatrudnienie na czas nieokreślony lub określony, zatrudnienie w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy (art. 11³ k.p. oraz art. 18^{3a} § 1 k.p.). Naruszeniem zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu (art. 11³ k.p.) i jednocześnie zasady równego traktowania pracowników (art. 11² k.p.) będzie więc zróżnicowanie sytuacji pracowników ze względu na kryterium dyskryminacji. Wówczas różne traktowanie pracowników nie będzie wynikało z odrębności związanych z ciężącymi na nich obowiązkami, sposobem ich wypełnienia czy też posiadanymi kwalifikacjami.

3. KRYTERIA DYSKRYMINACJI

Wymieniony w Kodeksie pracy katalog przyczyn (kryteriów) dyskryminacji należy uznać za katalog otwarty. Obejmuje on w szczególności:

- płeć,
 - wiek,
 - niepełnosprawność,
 - rasę,
 - religię,
 - narodowość,
 - przekonania polityczne,
 - przynależność związkową,
 - pochodzenie etniczne,
 - wyznanie,
 - orientację seksualną,
 - zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy
- art. 11³ oraz art. 18^{3a} § 1 k.p.

Użycie w tych przepisach zwrotu „w szczególności” wskazuje, że przyczyną dyskryminacji mogą być również inne kryteria niewymienione wprost w przepisach, np. wygląd, stan cywilny.

Warto jednak zwrócić uwagę, że w przeciwieństwie do przepisów Kodeksu pracy w prawie wspólnotowym katalog przyczyn dyskryminacji jest katalogiem zamkniętym. Również w orzecznictwie sądów polskich pojawiła się tendencja do traktowania katalogu przyczyn dyskryminacji jako katalogu zamkniętego. Dla przykładu, w wyroku z 9 stycznia 2007 r. (II PK 180/06, OSNC 2008/3–4/36) Sąd Najwyższy stwierdził, 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.)*. Podobnie w wyroku z 28 maja 2008 r. (I PK 259/07, patrz: www.ekspert.inforlex.pl) SN uznał, że do naruszenia zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu może dojść tylko wtedy, gdy różnicowanie sytuacji pracowników wynika wyłącznie z zastosowania przez pracodawcę niedozwolonego przez ustawę kryterium.

Jeżeli chodzi o wyżej wymienione kryteria, to w przypadku ewentualnego sporu pracodawca nie będzie mógł skutecznie zakwestionować ich dyskryminacyjnego charakteru, natomiast dyskryminacyjny charakter innych niewymienionych wyżej kryteriów, a podanych w przepisach, nie jest przesądzony.


Zawarte w przepisach Kodeksu pracy przyczyny dyskryminacji nie zostały przez ustawodawcę zdefiniowane, brak jest również definicji tych pojęć w dyrektywach wspólnotowych. Trzeba więc sięgnąć do potocznego rozumienia tych terminów oraz orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS). Poniżej zostaną pokrótce omówione podstawy dyskryminacji wskazane wprost w Kodeksie pracy.

3.1. Płeć

Cechy charakteryzujące osobę danej płci są cechami wrodzonymi, łatwymi do rozpoznania w miejscu pracy oraz co do zasady nie mają wpływu na zdolność danej osoby do wykonywania pracy. W związku z tym, że płeć jest cechą rozpoznawalną na zewnątrz oraz z uwagi na funkcjonujące stereotypy odnoszące się do płci (np. co do zmniejszonej dyspozycyjności kobiet albo też co do wyłączności wykonywania niektórych prac przez osoby określonej płci – sekretarka, opiekunka do dzieci) istnieje duże prawdopodobieństwo, że pracodawca będzie oceniał pracownika (osobę ubiegającą się o zatrudnienie) ze względu na jego płeć, a nie kwalifikacje czy doświadczenie zawodowe. Stąd oczywiste jest zakwalifikowanie płci jako niedozwolonego kryterium różnicowania pracowników (względnie kandydatów na pracowników).

Jako dyskryminację ze względu na płeć traktuje się również różnicowanie sytuacji pracownicy (kandydatki na pracownika) ze względu na ciążę. ETS stwierdził w wyroku z 8 listopada 1990 r. w sprawie Dekker przeciwko VJV-Centrum (C-177/88), że w sytuacji, gdy nie zatrudniono kobiety ze względu na fakt, iż była ona w ciąży, a w jej miejsce zatrudniono inną kobietę, która w ciąży nie była, to doszło do dyskryminacji ze względu na płeć. Uzależnienie bowiem zatrudnienia określonej osoby od tego, czy jest ona w ciąży, oznacza zastosowanie kryterium nierozłącznie związanego tylko z płcią żeńską, a w związku z tym stanowi to dyskryminację bezpośrednią ze względu na płeć.

Należy pokreślić, że pracodawca nie ma prawa pytać kandydatki na pracownika o to, czy jest w ciąży albo też czy i kiedy planuje ciążę. Informacja ta należy bowiem do sfery osobistej osoby ubiegającej się o zatrudnienie. Ponadto nie została ona wymieniona w wśród danych osobowych, jakich pracodawca może żądać od kandydata na pracownika (art. 22¹ § 1 k.p.). Informacja taka nie jest ponadto w ogóle zaliczana do katalogu danych osobowych. Wobec powyższego kobieta pytana w czasie rekrutacji o to, czy jest w ciąży, nie ma obowiązku ujawniania takiej informacji, chyba że praca, którą zamierza podjąć, jest niedozwolona dla kobiet w ciąży z uwagi na ochronę macierzyństwa. Prace zabronione kobietom w ciąży wymienione są w rozporządzeniu Rady Ministrów z 10 września 1996 r. w sprawie wykazu prac szczególnie uciążliwych lub szkodliwych dla zdrowia kobiet (Dz.U. Nr 114, poz. 545; ost. zm. Dz.U. z 2015 r. poz. 1737). Warto również przypomnieć, że prace wzbronione kobietom w danym zakładzie pracy, w tym kobietom w ciąży, powinny zostać wymienione w regulaminie pracy (art. 104¹ § 1 pkt 6 k.p.).

 Nie będzie dyskryminacją, jeśli podczas rekrutacji pracodawca zapyta o ciążę kandydatkę do pracy niedozwolonej dla kobiet w ciąży.

W prawie wspólnotowym płęć rozumie się szeroko, nie tylko jako różnicowanie kobiet i mężczyzn. W wyroku z 30 kwietnia 1996 r. w sprawie P. przeciwko S. oraz Cornwall County Council (C-13/94) ETS jako dyskryminację ze względu na płęć uznał również zróżnicowanie sytuacji pracownika transseksualisty, który poddał się zabiegowi zmiany płęci. W sprawie tej pracownik poinformował dyrektora szkoły o zamiarze zmiany płęci. W związku z planowanym zabiegiem zaczął ubierać się i zachowywać jak kobieta. Przed dokonaniem finalnego zabiegu pracodawca wypowiedział mu umowę o pracę, jako uzasadnienie wskazując redukcję etatów. Trybunał w orzeczeniu stwierdził, że zasada niedyskryminacji ze względu na płęć obejmuje również nierówne traktowanie osoby, która zamierza poddać się, czy też która poddała się zabiegowi zmiany płęci, w stosunku do innej osoby o płęci, jaką osoba poddająca się zabiegowi ma/miała przed operacją. Powyższe orzeczenie wskazuje kierunek wykładni przepisów kodeksowych, w przypadku gdyby taka sprawa pojawiła się w Polsce.

Z uwagi na biologiczne różnice między kobietami i mężczyznami wprowadzono kilka wyłączeń od zakazu dyskryminacji – tzn. sytuacji, w których odmienne traktowanie ze względu na płęć nie stanowi naruszenia zakazu dyskryminacji.

Pierwsze wyłączenie z zakresu zakazu dyskryminacji ze względu na płęć przewiduje dyrektywa 2006/54/WE. Na jej podstawie państwa członkowskie mogą postanowić, iż odmienne traktowanie kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia nie stanowi dyskryminacji, jeżeli ze względu na rodzaj pracy, warunki jej wykonywania, płęć stanowi prawdziwy i determinujący wymóg zawodowy, z zastrzeżeniem, że cel tego odmiennego traktowania jest zgodny z prawem, a wymóg jest proporcjonalny (art. 14 ust. 2 dyrektywy 2006/54/WE).

Ustawodawca polski skorzystał z wyżej wymienionej możliwości i w Kodeksie pracy zamieścił podobne w swojej treści wyłączenie z zakresu zakazu dyskryminacji ze względu na płęć (art. 18^{3b} § 2 pkt 1 k.p.). Do naruszenia zakazu konkurencji nie dojdzie, jeżeli zatrudnienie osoby o określonej płęci będzie uzasadnione ze względu na rodzaj pracy. Jako przykłady zawo-