

Obiektywne uzasadnienie jako istotny element dyskryminacji pośredniej – uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE

Wprowadzenie

Dyskryminacja pośrednia została wprowadzona do prawa wspólnotowego (obecnie unijnego) przez Trybunał Sprawiedliwości (dalej: TS lub Trybunał). Za punkt zwrotny w jej rozwoju należy uznać wyrok w sprawie *Sotgiu*¹, w którym wskazano wprost, że równość traktowania wiąże się nie tylko z zakazem jawnej dyskryminacji, lecz także wszystkich ukrytych jej form. Jednocześnie Trybunał uznał, że te ostatnie, mimo „innych kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu”². Dokonując oceny środków stosowanych zarówno przez państwa członkowskie, jak i osoby fizyczne oraz prawne, rozwinął koncepcję dyskryminacji pośredniej opartą na dwóch podstawowych elementach. Należą do nich: istnienie pozornie neutralnego przepisu lub praktyki, która nie opiera się na zakazanym kryterium, np. przynależności państwowej czy płci, jednakże w praktyce wywiera niekorzystny wpływ na grupę chronioną oraz obiektywne uzasadnienie, wiążące się z istnieniem prawnie uzasadnionego celu i zgodnością zastosowanego środka z zasadą proporcjonalności.

Niniejsze opracowanie odnosi się do drugiego ze wspomnianych kryteriów ze względu na jego znaczenie dla ustalenia w praktyce, czy miała miejsce niezgodna z prawem forma dyskryminacji. Warto bowiem zauważyć, że nawet jeśli ustalimy negatywny wpływ środka na osoby należące do grupy chronionej, np. danej płci, rasy, religii, wieku itd., to podmiot, który go stosuje, może powołać się na cel zgodny z prawem. Musi jednak

* Prof. dr hab. **Justyna Maliszewska-Nienartowicz** – Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Politologii i Studiów Międzynarodowych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

¹ Wyrok z 12 lutego 1974 r. w sprawie 152/73 Giovanni Maria Sotgiu przeciwko Deutsche Bundespost, Zb. Orz. 1974, s. 153 (ECLI:EU:C:1974:13).

² Ibidem, pkt 11.

jeszcze wykazać, że przyjęte przez niego przepisy czy praktyka są proporcjonalne do tego celu. Należy zatem stwierdzić, że obiektywne uzasadnienie stanowi element definicji dyskryminacji pośredniej niezgodnej z prawem, a jego wykazanie prowadzi nie tyle do wyeliminowania dyskryminacji, ile do braku negatywnych skutków prawnych dla podmiotu stosującego dany środek. Innymi słowy, nawet obiektywnie uzasadniona dyskryminacja pośrednia nie przestaje być dyskryminacją³. Takie stanowisko zajmuje większa część przedstawicieli doktryny oraz rzecznicy generalni TS⁴. Natomiast sam Trybunał nie wypowiedział się wprost na ten temat, mimo tak szerokiej aktywności w rozwijaniu standardów odnoszących się do obiektywnego uzasadnienia w ramach dyskryminacji pośredniej.

W każdym jednak razie jego uwzględnienie w danej sprawie doprowadzi do oddalenia roszczeń ofiary tej formy dyskryminacji. Dlatego też duże znaczenie ma to, w jaki sposób TS ocenia obiektywne uzasadnienie w sprawach dotyczących zarówno środków państw członkowskich, jak i osób fizycznych lub prawnych. Czy stosuje w tym zakresie ten sam standard kontroli? Czy jego podejście do obiektywnego uzasadnienia zmieniało się wraz z upływem czasu? W artykule podjęta zostanie próba odpowiedzi na te pytania z uwzględnieniem najnowszego orzecznictwa Trybunału.

Pierwsze rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości dotyczące obiektywnego uzasadnienia

Obiektywne uzasadnienie jako element dyskryminacji pośredniej pojawiło się od razu, ale stopniowo na początku lat 80. ubiegłego wieku. W ramach zakazu tej formy dyskryminacji ze względu na przynależność państwową wyraźne odwołanie do możliwości jej uzasadnienia nastąpiło dopiero w wyroku w sprawie *Seco*⁵, który dotyczył swobody przepływu usług. Warto jednak zauważyć, że mimo dopuszczenia usprawiedliwienia regulacji krajowych interesem ogólnym, związanym z zapewnieniem pracownikom zabezpieczenia społecznego, TS nie uznał argumentów podno-

³ Tak m.in. N. Bernard, *What Are the Purposes of EC Discrimination Law? w: Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, red. J. Dine, B. Watt, London 1996, s. 84.

⁴ Por. m.in. opinię rzecznika generalnego Cosmasa z 16 maja 2000 r. w sprawie C-361/98 Republika Włosa przeciwko Komisji WE, Zb. Orz. 2001, s. I-385 (ECLI:EU:C:2000:250) oraz rzecznika generalnego Jacobsa z 6 lipca 2000 r. w sprawie C-79/99 Julia Schnorbus przeciwko Landowi Hessen, Zb. Orz. 2000, s. I-10997 (ECLI:EU:C:2000:370).

⁵ Wyrok z 3 lutego 1982 r. w sprawach połączonych 62 i 63/81 *Seco i Desquenne & Giral* przeciwko *Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, Zb. Orz. 1982, s. 223 (ECLI:EU:C:1982:34).

szonych przez państwo członkowskie w tej sprawie. Z kolei odwołanie się do proporcjonalności jako istotnego wymogu, z jakim miały być zgodne środki krajowe uzasadnione legalnym celem, miało miejsce dopiero na początku lat 90.⁶ Należy zatem stwierdzić, że obiektywne uzasadnienie, które obejmowało ocenę legalnego celu oraz proporcjonalności środków podjętych dla jego osiągnięcia, stopniowo zaczęło odgrywać ważną rolę w orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, umożliwiając w pewnych przypadkach utrzymanie przepisów pośrednio dyskryminujących⁷. Swoistym podsumowaniem tych rozstrzygnięć był wyrok w sprawie *O'Flynn*⁸, w którym wyraźnie wskazano na dwa elementy dyskryminacji pośredniej, w tym obiektywne uzasadnienie, które wiąże się z istnieniem prawnie uzasadnionego celu (inaczej obiektywnych względów) niezależnego od kryterium przynależności państwowej oraz zgodnością zastosowanego środka z zasadą proporcjonalności – ma on być odpowiedni i konieczny do osiągnięcia słusznego celu, jakiemu służy prawo krajowe⁹.

W pełniejszym zakresie TS odwoływał się do obiektywnego uzasadnienia w ramach zakazu dyskryminacji ze względu na płeć. Mianowicie w wyroku w sprawie *Jenkins*¹⁰ wskazał, że zasada równej płacy nie zostanie naruszona „w zakresie, w jakim różnica w wynagrodzeniu między pracownikami zatrudnionymi na pół oraz na cały etat wiąże się z czynnikami, które są obiektywnie uzasadnione i w żaden sposób niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć”¹¹. Z kolei w wyroku w sprawie *Bilka*¹² odniósł się do wymogu proporcjonalności. Możliwość uzasadnienia stosowanej przez pracodawcę polityki płacowej, która skutkowałą pośrednią

⁶ M.in. w wyroku z 2 sierpnia 1993 r. w sprawach połączonych C-259/91, C-331/91 i C-332/91 Pilar Allué i inni przeciwko Università degli studi di Venezia oraz Università degli studi di Parma, Zb. Orz. 1993, s. I-4309, pkt 15 (ECLI:EU:C:1993:333) Trybunał podkreślił, że: „postanowienia Traktatu nie wyłączają możliwości przyjmowania przez państwa członkowskie środków, które są stosowane bez zróżnicowania, a mają na celu zapewnienie właściwego zarządzania uniwersytetami [...]. Jednakże takie środki muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności, tzn. muszą być konieczne i odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu”.

⁷ Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012, s. 202.

⁸ Wyrok z 23 maja 1996 r. w sprawie C-237/94 John O'Flynn przeciwko Adjudication Officer, Zb. Orz. 1996, s. I-2617 (ECLI:EU:C:1996:206).

⁹ J. Maliszewska-Nienartowicz, op.cit., s. 202.

¹⁰ Wyrok z 31 marca 1981 r. w sprawie 96/80 J.P. Jenkins przeciwko Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., Zb. Orz. 1981, s. 911 (ECLI:EU:C:1981:80).

¹¹ Ibidem, pkt 11.

¹² Wyrok z 13 maja 1986 r. w sprawie 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH przeciwko Karin Weber von Hartz, Zb. Orz. 1986, s. 1607 (ECLI:EU:C:1986:204).

dyskryminacją kobiet jako osób przeważających wśród zatrudnionych na pół etatu, została uzależniona od tego, czy środki wybrane dla osiągnięcia zamierzonego celu (tj. zatrudnienia jak najmniejszej liczby pracowników w niepełnym wymiarze godzin) odpowiadają prawdziwej potrzebie przedsiębiorstwa, oraz czy są odpowiednie i konieczne do jego osiągnięcia¹³.

Oznaczało to, że dla uwolnienia się od zarzutu dyskryminacji pośredniej pracodawca musiał wykazać, że: 1) dokonane przez niego rozróżnienie nie opiera się na płci, ale chodzi o obiektywne okoliczności niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją na tej podstawie; 2) występuje tzw. prawdziwa potrzeba po jego stronie (ang. *genuine need*), 3) zastosowane środki są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu. Trybunał ustanowił również regułę, że ocena tych okoliczności należy do sądu wewnętrznego jako najlepiej znającego lokalne uwarunkowania¹⁴. Ma on stosować dość surowy test proporcjonalności – jeśli ustali, że istnieją środki alternatywne, w mniejszym stopniu dyskryminujące osoby danej płci, to nie może uwzględnić argumentów przedstawianych przez pracodawcę¹⁵.

TS uwzględnił również koncepcję obiektywnego uzasadnienia w kontekście środków podejmowanych przez państwa członkowskie, które prowadziły do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Przykładowo, w wyroku w sprawie *Rinner-Kühn*¹⁶ uznał, że „[...] jeśli państwo członkowskie może wykazać, że wybrane środki służą koniecznemu celowi jego polityki społecznej, oraz że są one odpowiednie i konieczne do jego osiągnięcia, zwykły fakt, że dane postanowienie wpływa na znacznie większą liczbę pracowników płci żeńskiej niż męskiej, nie może przesądzać o naruszeniu art. 119 (obecnie art. 157 TFUE)”¹⁷. Trybunał podkreślił zatem, że regulacje krajowe, które mają pośrednio dyskryminujący charakter, mogą zostać utrzymane, jedynie jeśli zostaną obiektywnie uzasadnione, czyli jeśli środki stosowane przez państwo członkowskie: służą koniecz-

¹³ Ibidem, pkt 37.

¹⁴ W. Czaplński, *Zasada równouprawnienia płci w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, w: *Wokół problemów zawodowego równouprawnienia kobiet i mężczyzn*, red. R. Siemińska, Warszawa 1997, s. 31 oraz D. Schiek, *Indirect Discrimination*, w: *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, red. D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, Oxford 2007, s. 357.

¹⁵ Por. G. More, *Equality of Treatment in EC Law: the Limits of Market Equality*, w: *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*, red. A. Bottomley, London 1996, s. 272. Por. też E. Ellis, *Gender Discrimination Law in the European Community*, w: *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, red. J. Dine, B. Watt, London 1996, s. 25, która podkreśla, że istotne znaczenie ma wykazanie, iż dyskryminacyjny środek jest jedynym sposobem na osiągnięcie prawnie uznanego celu.

¹⁶ Wyrok z 13 lipca 1989 r. w sprawie 171/88 *Rinner-Kühn* przeciwko FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG, Zb. Orz. 1989, s. 2743 (ECLI:EU:C:1989:328).

¹⁷ Ibidem, pkt. 14 i 15.

nemu celowi jego polityki społecznej oraz są odpowiednie i konieczne do jego osiągnięcia. Oznacza to, że o ile pracodawca mógł powołać się na tzw. prawdziwą potrzebę, np. związaną z organizacją pracy, o tyle państwa musiały wykazać, że kierowały się koniecznym celem polityki społecznej. Już to wskazuje na różnice w zakresie stosowania obiektywnego uzasadnienia w zależności od tego, kto się do niego odwołuje.

Warto przy tym zauważyć, że w późniejszym orzecznictwie dotyczącym środków podejmowanych przez państwa członkowskie Trybunał podkreślił, że polityka społeczna „w aktualnym stanie prawa wspólnotowego jest zagadnieniem należącym do państw członkowskich, które korzystają w tym zakresie z rozsądnego zakresu władzy dyskrecjonalnej [...]”¹⁸, a zatem przyznał im pewną swobodę w kontekście wyboru celu, który mógł stanowić uzasadnienie dyskryminacji pośredniej. W wyroku w sprawie *De Weerd*¹⁹ wskazał jednak wyraźnie, że względy budżetowe nie mogą same w sobie stanowić uzasadnionego celu polityki społecznej, a tym samym nie można ich powoływać jako usprawiedliwienia dyskryminacji pośredniej. TS słusznie podkreślił, że przyjęcie czynników budżetowych jako podstawy obiektywnego uzasadnienia doprowadziłoby do sytuacji, w której „zakres zastosowania fundamentalnej w prawie wspólnotowym zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet różniłby się w czasie i miejscu stosownie do stanu finansów publicznych państw członkowskich”²⁰.

Nieco inny test obiektywnego uzasadnienia zastosował natomiast w sprawach dotyczących zabezpieczenia społecznego²¹. Trybunał przyznał tam państwom członkowskim szeroki margines swobody przy realizacji własnej polityki społecznej. W odpowiedzi na argument, że wyłączenie z obowiązkowego systemu ubezpieczeń osób zatrudnionych w niewielkim wymiarze czasu pracy jest zgodne z podstawową zasadą niemieckiego systemu ubezpieczeń społecznych, uznał, że cel ten „obiektywnie rzecz biorąc jest niezwiązany z dyskryminacją ze względu na płeć, a wykonując swoje kompetencje ustawodawca krajowy był rozsądnie uprawniony do uznania, że rozważane regulacje były konieczne do osiągnięcia celu”²².

¹⁸ Wyrok z 7 maja 1991 r. w sprawie C-229/89 Komisja WE przeciwko Królestwu Belgii, Zb. Orz. 1991, s. I-2205, pkt 22 (ECLI:EU:C:1991:187).

¹⁹ Wyrok z 24 lutego 1994 r. w sprawie C-343/92 M. A. De Weerd, née Roks i inni przeciwko Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid i inni, Zb. Orz. 1994, s. I-571 (ECLI:EU:C:1994:71).

²⁰ Ibidem, pkt 36.

²¹ Wyroki z 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-317/93 Inge Nolte przeciwko Landesversicherungsanstalt Hannover, Zb. Orz. 1995, s. I-4625 (ECLI:EU:C:1995:438) oraz w sprawie C-444/93 Megner i Scheffel przeciwko Innungskrankenkasse Vorderpfalz, Zb. Orz. 1995, s. I-4741 (ECLI:EU:C:1995:442).

²² Pkt 33–35 wyroku w sprawie C-317/93 oraz pkt 29–31 wyroku w sprawie C-444/93.

Widać zatem wyraźnie, że Trybunał ograniczył się do oceny niemieckiej regulacji tylko z punktu widzenia wymogu konieczności. Ponadto z tego stwierdzenia można wyciągnąć wniosek, że aby uzasadnić pośrednią dyskryminację, państwo członkowskie musi wykazać jedynie, że rozsądnie uznaje ono dany środek za konieczny do osiągnięcia celu polityki społecznej, a nie że jest on taki w rzeczywistości²³. Ten test obiektywnego uzasadnienia wydaje się być łagodniejszy, a tym samym korzystniejszy dla państw członkowskich od tego, jaki sformułował Trybunał w wyżej omówionych wyrokach w sprawach *Rinner-Kühn* czy *De Weerd*²⁴. Jak się wydaje, takie złagodzone stanowisko Trybunału było reakcją na krytykę jego wkraczania w sprawy należące do krajowej polityki społecznej²⁵.

W rezultacie należy stwierdzić, że TS dopuścił możliwość usprawiedliwienia środków pośrednio dyskryminujących ze względu na płeć w szerszym zakresie niż to miało miejsce w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej na podstawie przynależności państwowej, uwzględnił bowiem w jego ramach czynniki ekonomiczne. Odnosiło się to jednak jedynie do środków stosowanych przez pracodawców, gdyż względy budżetowe, na które powoływały się państwa członkowskie, nie zostały uznane przez Trybunał za wystarczające uzasadnienie. Ponadto w sprawach związanych z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć test obiektywnego uzasadnienia ma nieco inny charakter w zależności od tego, czy odnosi się do działań pracodawców czy też regulacji krajowych. Jak wyżej wskazano, w tej mierze Trybunał nie jest zbyt konsekwentny, stosuje bowiem różne testy proporcjonalności – najmniej wymagający znajduje zastosowanie w przypadku regulacji krajowych dotyczących zabezpieczenia społecznego, kolejny jest przywoływany dla uzasadnienia regulacji krajowych dotyczących zatrudnienia, a najsurowszy służy do oceny działań pracodawców²⁶.

Cele zgodne z prawem

W związku z tak zróżnicowaną praktyką orzeczniczą podjęte zostały kroki legislacyjne zmierzające do przyjęcia definicji dyskryminacji pośredniej w aktach prawa wtórnego. Aktualnie obowiązujące regulacje²⁷

²³ Tak E. Ellis, *The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law*, w: *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, red. E. Ellis, Oxford 1999, s. 179.

²⁴ J. Maliszewska-Nienartowicz, op.cit., s. 233.

²⁵ Por. A. O'Neill, *Decisions of the European Court of Justice and Their Constitutional Implications*, London–Dublin–Edinburgh 1994, s. 69.

²⁶ J. Maliszewska-Nienartowicz, op.cit., s. 243.

²⁷ M.in. dyrektywa 2000/43 z 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. Urz. L 180 z 19.07.2000, s. 22–26, dyrektywa 2000/78 z 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne

wyraźnie odwołują się do możliwości obiektywnego jej uzasadnienia legalnym celem, przy czym środki mające służyć jego osiągnięciu muszą być odpowiednie i konieczne (wymóg proporcjonalności). Prawodawca unijny nie wskazał zatem, nawet w postaci przykładowego wyliczenia, jakie cele mogą być brane pod uwagę jako dostatecznie istotne, aby mogły stanowić usprawiedliwienie pośrednio dyskryminujących kryteriów, przepisów lub praktyk, a tym samym doprowadzić do ich utrzymania. Wydaje się jednak, że nie mamy tu do czynienia z przeoczeniem, ale celowym działaniem, które zmierza do tego, aby kwestia ta została doprecyzowana w orzecznictwie, z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku. Natomiast wyraźnie zastrzeżono, że mają to być cele zgodne z prawem, na co już wcześniej zwracał uwagę TS. Oznacza to m.in., że nie można czynić rozróżnienia ze względu na jedną z cech zabronionych w prawie unijnym lub krajowym²⁸. Ponadto muszą być one niezależne od zakazanego kryterium, a zatem np. przynależności państwowej, płci, wieku, niepełnosprawności itd. Warto też zauważyć, że w świetle orzecznictwa TS katalog celów zgodnych z prawem nie ma zamkniętego charakteru.

W literaturze przedmiotu te prawnie uzasadnione cele są dzielone na ekonomiczne i społeczne²⁹. Bardziej szczegółowe podejście uwzględnia cele związane z pracą, z przedsiębiorstwem bądź interesem publicznym³⁰. Pierwsze z nich są definiowane jako te, które są niezbędne dla wykonywania obowiązków pracowniczych, np. wymóg, aby pracownik posiadał wystarczającą siłę lub sprawność do świadczenia pracy³¹. Z kolei cele związane z przedsiębiorstwem odnoszą się generalnie do jego efektywnego prowadzenia przez pracodawcę, jak choćby warunek odnoszący się do zatrudnienia na cały etat, bo jest to bardziej korzystne dla przedsiębior-

warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 16–22, dyrektywa 2004/113 z 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, Dz. Urz. L 373 z 21.12.2004, s. 37–43 oraz dyrektywa 2006/54 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 preredagowana), Dz. Urz. L 204 z 26.07.2006, s. 23–36.

²⁸ Por. M. Wandzel, *Nowy kształt kontraktów dyskryminacji po nowelizacji Kodeksu pracy*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 5/2009, s. 232.

²⁹ Por. szerzej S. O’Leary, *Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Oxford 2002, s. 135 i n.

³⁰ Tak zwłaszcza T.K. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, London–Dublin–Edinburgh–Brussels 1993, s. 68–78. Większość autorów powołuje się na ten właśnie podział. Por. m.in. I.P. Asscher-Vonk, *Towards One Concept of Objective Justification?* w: *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, red. T. Loenen, P.R. Rodrigues, Hague–London–Boston 1999, s. 44.

³¹ T.K. Hervey, *op.cit.*, s. 183.

stwa jako całości. Wreszcie uzasadnienie oparte na interesie publicznym zwykle ma na uwadze szersze, publiczne, w tym społeczne korzyści, jakie zapewnia dyskryminacyjny środek, np. przyznanie szczególnej pomocy społecznej tylko tym jednostkom, które mają największe potrzeby³².

W odniesieniu do środków stosowanych przez państwa członkowskie Trybunał dopuszcza z reguły te uzasadnienia, które są oparte na interesie publicznym. Jednocześnie jednak, badając okoliczności obiektywne, nie dokonuje uogólnień odnoszących się do ich charakteru, ale po prostu część z nich uznaje za wystarczające uzasadnienie, podczas gdy innym odmawia takiego charakteru i w zasadzie nie podaje powodów takiego czy innego stanowiska w tej kwestii. Analiza orzecznictwa dotyczącego dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową pozwala stwierdzić, że do prawnie uzasadnionych celów zostały zaliczone m.in.³³: interes ogólny związany z zapewnieniem pracownikom zabezpieczenia społecznego³⁴; zapewnienie spójności systemu podatkowego³⁵; zapewnienie właściwego zarządzania uniwersytetami³⁶; bezpieczeństwo nawigacji, narodowa polityka transportowa oraz ochrona środowiska w ramach sektora transportowego³⁷; ochrona mniejszości etniczno-kulturowej zamieszkującej w danym regionie³⁸; wspieranie mobilności oraz integracji osób niepełnosprawnych³⁹; zapewnienie wysokiej jakości opieki medycznej⁴⁰.

Natomiast Trybunał nie bierze pod uwagę takich celów, które służą ochronie indywidualnych interesów państw członkowskich, jak również typowo gospodarczych odnoszących się do danego sektora przedsiębiorstw. Za wystarczająco uzasadnione nie są także uważane takie środki,

³² Ibidem, s. 184.

³³ Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, op.cit., s. 307–308.

³⁴ Wyrok z 3 lutego 1982 r. w sprawach 62 i 63/81 i Desquenue & Giral przeciwko Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité, Zb. Orz. 1981, s. 223 (ECLI:EU:C:1982:34).

³⁵ Wyrok z 28 stycznia 1992 r. w sprawie C-204/90 Bachmann przeciwko Belgii, Zb. Orz. 1992, s. I-249 (ECLI:EU:C:1992:35).

³⁶ Wyrok z 2 sierpnia 1993 r. w sprawach C-259/91, C-331/91 i C-332/91 Pilar Allué i inni przeciwko Università degli studi di Venezia and Università degli studi di Parma, Zb. Orz. 1993, s. I-4309 (ECLI:EU:C:1993:333).

³⁷ Wyrok z 17 maja 1994 r. w sprawie C-18/93 Corsica Ferries Italia Srl przeciwko Corpo dei Piloti del Porto di Genova, Zb. Orz. 1994, s. I-1783 (ECLI:EU:C:1994:195).

³⁸ Wyrok z 24 listopada 1998 r. w sprawie C-274/96 postępowanie karne przeciwko Horst Otto Bickel i Ulrich Franz, Zb. Orz. 1998, s. I-7637, pkt 29 (ECLI:EU:C:1998:563).

³⁹ Wyrok z 1 października 2009 r. w sprawie C-103/08 Arthur Gottwald przeciwko Bezirkshauptmannschaft Bregenz, Zb. Orz. 2009, s. I-9117, pkt 32 (ECLI:EU:C:2009:597).

⁴⁰ Por. m.in. wyrok z 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-73/08 Nicolas Bressol i in. oraz Céline Chaverot i in. przeciwko Gouvernement de la Communauté française, Zb. Orz. 2010, s. I-2735, pkt 62 (ECLI:EU:C:2010:181).

które są podyktowane różnego rodzaju praktycznymi czy administracyjnymi trudnościami. Należy bowiem zauważyć, że w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową chodzi o jej wyeliminowanie w celu zapewnienia sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego. To zaś sprawia, że brane są pod uwagę jedynie interesy o publicznym charakterze, a nie partykularne interesy państw członkowskich⁴¹.

Z kolei w kontekście uzasadnienia środków stanowiących dyskryminację pośrednią ze względu na płeć TS odwołuje się zwykle do koniecznego lub prawnie uzasadnionego „celu polityki społecznej” danego państwa członkowskiego. W orzecznictwie zastrzega się jednak, że nie może być on związany z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. Dla wykazania, że taki związek nie ma miejsca, nie wystarczą zwykle uogólnienia dotyczące możliwości pozytywnego wpływu konkretnego środka. Państwa członkowskie mają zatem dostarczyć przekonujących, a zarazem dostatecznie konkretnych argumentów, które będą przemawiały na rzecz danego prawnie uzasadnionego celu polityki społecznej. Warto zarazem zauważyć, że pod tym pojęciem kryje się szereg bardziej konkretnych celów realizowanych przez regulacje krajowe⁴². Z orzecznictwa Trybunału wynika, że do tej pory uznał on za prawnie uzasadnione następujące cele⁴³: zapewnienie należytego zarządzania wydatkami publicznymi na wyspecjalizowaną opiekę medyczną⁴⁴; wsparcie zatrudnienia i rekrutacji⁴⁵; zapewnienie niezależności członków rad pracowniczych⁴⁶; łagodzenie ograniczeń nakładanych na małe przedsiębiorstwa⁴⁷; zapewnienie minimalnych środków

⁴¹ Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, op.cit., s. 309.

⁴² Ibidem, s. 310.

⁴³ Por. Ch. Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G2, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2008, s. 34.

⁴⁴ Wyrok z 6 kwietnia 2000 r. w sprawie C-226/98 Birgitte Jørgensen przeciwko Foreningen af Speciallæger i Sygesikringens Forhandlingsudvalg, Zb. Orz. 2000, s. I-2447, pkt 40 (ECLI:EU:C:2000:191).

⁴⁵ Por. m.in. wyrok z 11 września 2003 r. w sprawie C-77/02 Erika Steinicke przeciwko Bundesanstalt für Arbeit, Zb. Orz. 2003, s. I-9027, pkt 62 (ECLI:EU:C:2003:458).

⁴⁶ Tak np. w wyroku z 7 marca 1996 r. w sprawie C-278/93 Edith Freers i Hannelore Speckmann przeciwko Deutsche Bundespost, Zb. Orz. 1996, s. I-1165 (ECLI:EU:C:1996:83) czy też w wyroku z 6 lutego 1996 r. w sprawie C-457/93 Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. przeciwko Johanna Lewark, Zb. Orz. 1996, s. I-243 (ECLI:EU:C:1996:33).

⁴⁷ Wyrok z 30 listopada 1993 r. w sprawie C-189/91 Petra Kirsammer-Hack przeciwko Nurhan Sidal, Zb. Orz. 1993, s. I-6185 (ECLI:EU:C:1993:907).

utrzymania⁴⁸; osiągnięcie w ramach systemu zabezpieczenia społecznego równowagi między dokonywanymi wpłatami a uzyskiwanymi korzyściami⁴⁹; potrzeba zapewnienia zatrudnienia w niewielkim wymiarze czasu pracy oraz zwalczania zatrudnienia niezgodnego z prawem⁵⁰.

Natomiast Trybunał wielokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, że względy budżetowe nie mogą stanowić uzasadnienia dyskryminacji ze względu na płeć. Warto jednak zauważyć, że jednocześnie Trybunał uwzględnia takie cele, jak: zapewnienie należytego zarządzania wydatkami publicznymi na wyspecjalizowaną opiekę medyczną czy też minimalnych środków utrzymania, których wysokość i krąg osób uprawnionych do ich utrzymania zależą od zasobów budżetowych państw członkowskich. Trzeba zatem stwierdzić, że chociaż czysto budżetowe czy ekonomiczne względy nie stanowią zgodnego z prawem uzasadnienia dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, to jednak mogą one odgrywać istotną rolę w ramach szerzej zakreślonych celów polityki społecznej państw członkowskich⁵¹. Innymi słowy, w pewnych przypadkach fundamentalna zasada prawa UE, jaką jest równość, może zostać odsunięta na bok przez państwo członkowskie wskazujące na ważne cele polityki społecznej oraz na ograniczone zasoby budżetowe⁵².

Jeszcze większe możliwości w zakresie uzasadnienia środków prowadzących do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć mają pracodawcy (ewentualnie usługodawcy w sprawach niemających związku ze sferą zatrudnienia). Przynajmniej bowiem mogą powoływać się na względy o typowo ekonomicznym charakterze, np. sytuację na rynku pracy⁵³. Jak już wskazywano, wśród ekonomicznych czynników wyróżnia się te, które związane są z samą pracą, oraz te, które dotyczą przedsiębiorstwa. W kontekście tych pierwszych największą rolę odgrywają: siła fizyczna, mobilność, szkolenie zawodowe oraz staż pracy, przy czym decydujące

⁴⁸ Por. m.in. wyrok z 7 maja 1991 r. w sprawie C-229/89 Komisja WE przeciwko Królestwu Belgii, Zb. Orz. 1991, s. I-2205 (ECLI:EU:C:1991:187) oraz wyrok z 19 listopada 1992 r. w sprawie C-226/91 Jan Molenbroek przeciwko Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, Zb. Orz. 1992, s. 5943 (ECLI:EU:C:1992:451).

⁴⁹ Wyrok z 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-317/93 Inge Nolte przeciwko Landesversicherungsanstalt Hannover, Zb. Orz. 1995, s. I-4625, pkt 30 (ECLI:EU:C:1995:438) oraz wyrok z 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-444/93 Megner i Scheffel przeciwko Innungskrankenkasse Vorderpfalz, Zb. Orz. 1995, s. I-4741, pkt 26 (ECLI:EU:C:1995:442).

⁵⁰ Wyrok w sprawie C-317/93, pkt 31-32 oraz w sprawie C-444/93, pkt 27.

⁵¹ Tak słusznie Ch. Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpia–Oxford 2005, s. 249.

⁵² Por. szerzej S. O’Leary, op.cit., s. 169.

⁵³ Tak m.in. w wyroku z 27 października 1993 r. w sprawie C-127/92 Enderby przeciwko Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, Zb. Orz. 1993, s. I-5535 (ECLI:EU:C:1993:859).

znaczenie mają okoliczności faktyczne danej sprawy⁵⁴. W odniesieniu do siły fizycznej Trybunał zauważa, że może ona stanowić obiektywne uzasadnienie, jedynie gdy wymaga tego charakter pracy⁵⁵. Jeśli zatem pracodawca w trakcie rekrutacji stosuje test związany z przenoszeniem ciężarów, podczas gdy praca w ogóle tego nie wymaga bądź jedynie okazjonalnie, wówczas mamy do czynienia z nieuzasadnioną dyskryminacją pośrednią⁵⁶. Dyspozycyjność (mobilność, elastyczność), rozumiana jako dostosowanie się do zróżnicowanych godzin i miejsc pracy, oraz stopień wykształcenia zawodowego mogą stanowić uzasadnienie istniejących faktycznie różnic w wynagrodzeniu, jeżeli pracodawca wykaże, że mają one znaczenie dla wykonywania specyficznych zadań powierzonych pracownikowi⁵⁷. Natomiast w stosunku do stażu pracy TS nie zajmuje jednolitego stanowiska. W niektórych rozstrzygnięciach stwierdza bowiem, że pracodawca nie musi przedstawiać szczególnego uzasadnienia w odniesieniu do tego kryterium, z tego względu, że łączy się ono z doświadczeniem, które generalnie pozwala pracownikom lepiej wykonywać ich obowiązki⁵⁸. W innych sprawach wskazuje zaś, że chociaż doświadczenie pozostaje w związku ze stażem pracy, to jednak obiektywność takiego kryterium zależy od wszystkich okoliczności konkretnego przypadku, których oceną zajmuje się sąd krajowy⁵⁹. Ma on zwłaszcza sprawdzić, czy staż pracy i doświadczenie rzeczywiście mają wpływ na jakość wykonywanej pracy.

⁵⁴ Por. M. Wandzel, *Czy można usprawiedliwić dyskryminację pośrednią? Sposoby weryfikacji zarzutu dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu*, „*Studia z Zakresu Prawa Pracy*” 2001/2002, s. 249.

⁵⁵ Por. wyrok z 1 lipca 1986 r. w sprawie Gisela Rummler v. Dato-Druck GmbH, 237/85, ECR 1986, s. 2101, pkt 24 (ECLI:EU:C:1986:277).

⁵⁶ Por. szerzej T.K. Hervej, *op.cit.*, s. 187.

⁵⁷ Tak TS m.in. w wyroku z 17 października 1989 r. w sprawie 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark przeciwko Dansk Arbejdsgiverforening (Danfoss), Zb. Orz. 1989, s. 3199 (ECLI:EU:C:1989:383).

⁵⁸ Ibidem, pkt 24 i 25. Podobne stanowisko zajął w wyroku z 3 października 2006 r. w sprawie C-17/05 B.F. Cadman przeciwko Health & Safety Executive, Zb. Orz. 2006, s. I-9583 (ECLI:EU:C:2006:633): „z uwagi na to, że odwołanie do kryterium stażu pracy jest co do zasady właściwe dla osiągnięcia słusznego celu, jakim jest nagradzanie zdobytego doświadczenia, które umożliwia pracownikowi lepiej wykonywać powierzone mu obowiązki, pracodawca nie musi szczególnie wykazywać, że odwołanie do tego kryterium jest właściwe dla osiągnięcia wspomnianego celu w zakresie danego stanowiska pracy, chyba że pracownik przedstawi informacje mogące rodzić poważne wątpliwości w tym względzie”.

⁵⁹ Por. wyrok z 7 lutego 1991 r. w sprawie C-184/89 Helga Nimz przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg, Zb. Orz. 1991, s. I-297 (ECLI:EU:C:1991:50) oraz wyrok z 17 czerwca 1998 r. w sprawie C-243/95 Kathleen Hill i Ann Stapleton przeciwko The Revenue Commissioners and Department of Finance, Zb. Orz. 1998, s. I-3739 (ECLI:EU:C:1998:298).

Z kolei wśród czynników związanych z samym przedsiębiorstwem należy wskazać przede wszystkim na jego ekonomiczną efektywność oraz na sytuację na rynku pracy. W doktrynie krytykuje się takie stanowisko Trybunału – wyrażany jest nawet pogląd, że uwzględnianie tego typu czynników w ramach obiektywnego uzasadnienia stanowi największą słabość koncepcji dyskryminacji pośredniej, gdyż ekonomiczne potrzeby pracodawcy mogą przeważać nad prawem do równego traktowania⁶⁰. Istnieje zatem ryzyko, że zostaną utrzymane dotychczasowe praktyki o dyskryminacyjnym charakterze. Dlatego też postuluje się wyeliminowanie z obiektywnego uzasadnienia przynajmniej tych czynników, które mają czysto ekonomiczny charakter, oraz branie pod uwagę celów społecznych zakazu dyskryminacji pośredniej w procesie ważenia różnych interesów⁶¹. W każdym razie pracodawcy czy też usługodawcy nie powinni odnosić korzyści z dyskryminacyjnego traktowania. Zwraca na to uwagę sam Trybunał, wskazując, że pracodawca nie może usprawiedliwiać dyskryminacji jedynie na tej podstawie, że jej wyeliminowanie wiązałoby się ze zwiększeniem jego kosztów⁶². Oznacza, to, że „rzeczywista potrzeba pracodawcy” nie obejmuje zwykłej ekonomicznej opłacalności, jaka wynika ze stosowania dyskryminacyjnych praktyk.

Na uwagę zasługuje także stanowisko zajęte przez TS w sprawie, która dotyczyła dyskryminacji pośredniej ze względu na pochodzenie etniczne⁶³. Praktyka umieszczania liczników energii elektrycznej na słupach stanowiących część sieci elektroenergetycznej na wysokości od sześciu do siedmiu metrów w dzielnicy miasta zamieszkaney zasadniczo przez osoby romskiego pochodzenia była uzasadniana przez powoda (spółkę akcyjną prowadzącą działalność w dziedzinie dystrybucji energii elektrycznej) m.in. takimi celami, jak przeciwdziałanie licznym uszkodzeniom i manipulacjom liczników energii elektrycznej oraz nielegalnym przyłączeniom, a tym samym zapobieganie oszustwom i nadużyciom. Trybunał najpierw wskazał ogólnie, że „w wypadku odmiennego traktowania ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne pojęcie obiektywnego uzasadnienia należy interpretować w sposób zawężający”⁶⁴. Następnie dodał, że środki stosowane przez powoda muszą być „obiektywnie” uzasadnione celami

⁶⁰ Por. E. Ellis, *EC Sex Equality Law*, Oxford 1998, s. 323.

⁶¹ Tak m.in. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, op.cit., s. 252.

⁶² Wyrok z 17 czerwca 1998 r. w sprawie C-243/95 Kathleen Hill i Ann Stapleton przeciwko The Revenue Commissioners i Department of Finance, Zb. Orz. 1998, s. I-3739, pkt 40 (ECLI:EU:C:1998:298).

⁶³ Wyrok z 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD przeciwko Komisja za zashtita ot diskriminatsia (ECLI:EU:C:2015:480).

⁶⁴ Ibidem, pkt 113.

zgodnymi z prawem, a zatem powinien on wykazać w sposób obiektywny, m.in. dlaczego jego zdaniem istnieje poważne ryzyko dalszego występowania takich uszkodzeń oraz nielegalnych przyłączeń do liczników. Z jednej strony zatem TS nie wykluczył uznania celów związanych z zapobieganiem oszustwom i nadużyciom za dostateczne uzasadnienie dyskryminacyjnej praktyki, a zatem w pewnym zakresie wziął pod uwagę także ekonomiczne interesy spółki, która wówczas nie ponosiła strat z tego tytułu. Z drugiej jednak strony postawił przed nią pewne wymagania dowodowe odnoszące się do ryzyka wystąpienia tych czynów zabronionych w dzielnicy zamieszkałej zasadniczo przez osoby romskiego pochodzenia. Ponadto powód miał wykazać zgodność stosowanej praktyki z zasadą proporcjonalności, a w tym zakresie Trybunał powziął poważne wątpliwości (zob. uwagi zawarte w kolejnym punkcie opracowania).

Ocena proporcjonalności zastosowanych środków

Proporcjonalność jest ważnym elementem dyskryminacji pośredniej. Pozwala bowiem wyważyć, czy też bardziej precyzyjnie – pogodzić dwie sporne racje: tę, która jest związana ze zwalczaniem dyskryminacji, oraz tę, która ma na uwadze inny interes, często o ogólnym, publicznym charakterze⁶⁵. Potwierdza to w swoim orzecznictwie TS, wskazując, że proporcjonalność wymaga, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem⁶⁶. Proporcjonalność w szerokim znaczeniu obejmuje trzy kryteria: odpowiedności, konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto*⁶⁷.

W rezultacie, stosując zasadę proporcjonalności w jej najszerszej wersji, Trybunał ustala: czy badany środek jest odpowiednią metodą do osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu; czy zastosowane środki ograniczają się do tego, co jest konieczne do osiągnięcia owego prawnie uzasadnionego celu (innymi słowy, czy istniała możliwość osiągnięcia tego celu przy zastosowaniu mniej uciążliwych środków), oraz czy poniesione koszty bądź

⁶⁵ Por. szerzej S. Leader, *Proportionality and the Justification of Discrimination*, w: *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, red. J. Dine, B. Watt, London 1996, s. 110.

⁶⁶ Zob. np. wyrok z 19 marca 2002 r. w sprawie C-476/99 Lommers przeciwko Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, Zb. Orz. 2002, s. I-2891, pkt 39 czy wyrok z 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04 Werner Mangold przeciwko Rüdiger Helm, Zb. Orz. 2005, s. I-9981, pkt 65.

⁶⁷ Por. w tym zakresie m.in. F.G. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, w: *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, red. E. Ellis, Oxford 1999, s. 1.

nałożone ograniczenia są do przyjęcia w porównaniu z osiągniętym celem⁶⁸. Jednakże w wielu sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej Trybunał nie odnosi się do wszystkich trzech kryteriów proporcjonalności, a wskazuje jedynie na odpowiedniość i konieczność. W rezultacie jej definicje zawarte w dyrektywach 2000/43, 2000/78, 2004/113 oraz 2006/54 również odnoszą się tylko do wymogów odpowiedniości i konieczności⁶⁹. W doktrynie podkreśla się jednak, że wprowadzie kryterium proporcjonalności *sensu stricto* nie pojawia się wprost w ramach formuły dyskryminacji pośredniej, ale Trybunał uwzględnia je przynajmniej w niektórych sprawach⁷⁰. Jak bowiem zauważył rzecznik generalny Colomer w opinii z 24 stycznia 2008 r. w sprawach połączonych *Michaeler i inni*⁷¹, „potrójny test proporcjonalności stanowi właściwy instrument rozwiązania problemu; dyskryminacja musi być odpowiednia, niezbędna oraz proporcjonalna w wąskim tego słowa znaczeniu. Dzięki ocenie spełnienia tych trzech kryteriów, która powinna być przeprowadzona etapowo, nie zaś jednocześnie, analiza równego traktowania staje się bardziej przejrzysta i powoduje większą pewność prawa”⁷².

Mimo niewątpliwych korzyści, jakie płyną z zastosowania wszystkich wskazanych kryteriów proporcjonalności, należy stwierdzić, że w praktyce jej kontrola nie jest przeprowadzana w ten sam sposób. W orzecznictwie występują różne testy proporcjonalności, a główny wpływ na intensywność przeprowadzanej kontroli ma to, w jakim obszarze przyjęto

⁶⁸ Tak etapy badania proporcjonalności przedstawiają M. Brealey, M. Hoskins, *Remedies in EC Law*, London 1998, s. 28, czy też G. de Búrca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, „Yearbook of European Law”, tom 13/1993, s. 113. Zob. też opinię rzecznik generalnej Vericy Trstenjak z 16 czerwca 2011 r. w sprawie C-123/10 Waltraud Brachner przeciwko Pensionsversicherungsanstalt, pkt 81 (ECLI:EU:C:2011:400), w której wskazała, że: „zgodnie z orzecznictwem Trybunału środek jest odpowiedni do osiągnięcia zamierzonego celu, jeżeli rzeczywiście służy temu, by w sposób spójny i systematyczny dany cel osiągnąć. Dany środek jest konieczny, jeśli spośród wielu środków odpowiednich do osiągnięcia zamierzonego celu jest tym, który jest najmniej obciążający dla danego interesu lub danego dobra prawnego. Nieproporcjonalne ograniczenie prawa do równego traktowania zachodzi wówczas, gdy środek krajowy pomimo swojego wkładu w osiągnięcie celu leżącego w powszechnym interesie prowadzi do zbyt daleko idącej ingerencji w prawo do równego traktowania”.

⁶⁹ W polskiej wersji dyrektyw nie zachowano, niestety, jednolitości terminologicznej. I tak, w dyrektywie 2000/43 występują terminy „odpowiednie i konieczne”, w dyrektywie 2000/78 „właściwe i konieczne”, a w dyrektywach 2004/113 i 2006/54 „właściwe i niezbędne”. Należy jednak zauważyć, że w każdym z aktów prawnych chodzi o te same kryteria.

⁷⁰ Por. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, op.cit., s. 242 i cyt. tam literaturę.

⁷¹ Sprawy połączone C-55/07 i C-56/07, Zb. Orz. 2008, s. I-3135.

⁷² *Ibidem*, pkt 37 opinii.

dany środek i kto to uczynił. Mianowicie środki państw członkowskich lub podmiotów prywatnych, które prowadzą do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, podlegają dość wnikliwej analizie ze strony Trybunału Sprawiedliwości⁷³. Należy to wiązać z faktem, że w tym przypadku proporcjonalność służy ocenie środków krajowych ograniczających podstawowe swobody rynku wewnętrznego. Trybunał dokonuje zatem wyważenia interesu unijnego z interesem krajowym, np. swobody przepływu osób z zapewnieniem spójności systemu podatkowego danego państwa. Zasada proporcjonalności pełni zaś rolę instrumentu integracji rynków państw członkowskich, stąd mamy do czynienia z intensywną kontrolą stosowanych przez nie środków⁷⁴. W niektórych sprawach przyjmuje ona wprost postać testu „najmniej restrykcyjnego środka”, a zatem Trybunał wskazuje, że istniały inne sposoby osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu, mniej ograniczające prawo do równego traktowania. Mamy także do czynienia z takimi rozstrzygnięciami, w których TS po prostu stwierdza, że dany warunek wykracza poza zakres konieczny do osiągnięcia zamierzonego celu i nie podaje innych możliwych do zastosowania środków⁷⁵.

W większości spraw Trybunał sam dokonuje oceny proporcjonalności środków, które prowadzą do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, w niektórych zadanie to powierza sądom krajowym, dając im jednak pewne wskazówki w tym zakresie. Jego podejście do wymogów wynikających z zasady proporcjonalności jest dość rygorystyczne, co z reguły skutkuje nieuwzględnieniem argumentów zgłaszanych przez pozwanych w tego typu sprawach i orzekaniem o naruszeniu przepisów unijnych dotyczących zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Trybunał tylko wyjątkowo stwierdza zgodność takich środków z zasadą proporcjonalności⁷⁶. Dlatego też, nawet jeśli cel przywołany przez państwo członkowskie zostanie uznany za zgodny z prawem, to jeszcze nie przesądza o utrzymaniu spornej regulacji.

Podobne stanowisko zajmuje obecnie TS w sprawach dotyczących środków państw członkowskich prowadzących do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Warto jednak zauważyć, że test proporcjonalno-

⁷³ Por. szerzej J. Maliszewska-Nienartowicz, op.cit., s. 325 i n.

⁷⁴ Tak T. Tridimas, *The Principle of Proportionality in Community Law: from the Rule of Law to Market Integration*, „The Irish Jurist”, t. 31/1996, s. 85.

⁷⁵ J. Maliszewska-Nienartowicz, op.cit., s. 327.

⁷⁶ Zob. np. wyrok z 28 stycznia 1992 r. w sprawie C-204/90 Bachmann przeciwko Belgii, Zb. Orz. 1992, s. I-249 (ECLI:EU:C:1992:35) oraz wyrok z wyroku z 1 października 2009 r. w sprawie C-103/08 Arthur Gottwald przeciwko Bezirkshauptmannschaft Bregenz, Zb. Orz. 2009, s. I-9117 (ECLI:EU:C:2009:597).

ści w tym obszarze zmieniał się w czasie. Początkowo bowiem Trybunał stosował zróżnicowaną ocenę proporcjonalności w zależności od tego, czy regulacje krajowe dotyczyły zabezpieczenia społecznego czy też ogólnie sfery zatrudnienia. W odniesieniu do tych pierwszych wskazywał na szeroki zakres władzy dyskrecyjnej przysługującej państwu członkowskim i w rezultacie nie przeprowadzał wnikliwej kontroli kryteriów odpowiedniości i konieczności. Jednakże po przyjęciu definicji dyskryminacji pośredniej w aktach prawa wtórnego stanowisko to uległo zmianie i ocena stała się bardziej rygorystyczna, zbliżona do tej, jaka występuje w odniesieniu do środków prowadzących do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Dotyczy to nie tylko regulacji i praktyk odnoszących się do sfery zatrudnienia⁷⁷, ale także do zabezpieczenia społecznego. Na przykład w wyroku w sprawie *Elbal Moreno*⁷⁸ TS zauważył, że z przedłożonych mu „materiałów nie można wywnioskować, że w takich okolicznościach pozbawienie pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy, takich jak skarżąca w postępowaniu głównym, wszelkiej możliwości otrzymania emerytury stanowi środek rzeczywiście niezbędny do realizacji celu ochrony systemu zabezpieczenia społecznego o charakterze składkowym, do którego odwołują się INSS i rząd hiszpański, a osiągnięcie tego celu nie byłoby możliwe przy zastosowaniu innego środka mniej niekorzystnego dla tych pracowników”. Tym samym został zastosowany test „najmniej restrykcyjnego środka”, korzystny dla ofiar dyskryminacji pośredniej, wymaga on bowiem wykazania przez państwo członkowskie, że nie istniały inne sposoby osiągnięcia celu zgodnego z prawem. Można zatem odnieść ogólne wrażenie, że w ostatnim czasie w orzecznictwie Trybunału stosowane jest bardziej rygorystyczne podejście, jeśli chodzi o kontrolę poszczególnych kryteriów proporcjonalności w sprawach dotyczących tego typu regulacji krajowych⁷⁹.

Podobnie w odniesieniu do środków pracodawców, prowadzących do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, stanowisko TS ulegało zmianom⁸⁰. W ostatnio wydanych rozstrzygnięciach wyraźnie lub pośred-

⁷⁷ W tym zakresie por. np. wyrok z 24 kwietnia 2008 r. w sprawach połączonych C-55/07 i 56/07 *Michaeler i inni*, Zb. Orz. 2008, s. I-3135, pkt 26 (ECLI:EU:C:2008:248), w którym TS wskazał wprost, że „istnieją inne, mniej rygorystyczne środki pozwalające rządowi włoskiemu na osiągnięcie przywołanych celów w dziedzinie walki z oszustwami i pracą na czarno, w której to dziedzinie władze krajowe dysponują już środkami nadzoru, kontroli i porządku”.

⁷⁸ Wyrok z 22 listopada 2012 r. w sprawie C-385/11 *Isabel Elbal Moreno* przeciwko Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) i Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Zb. Orz. 2012, s. 746, pkt 35 (ECLI:EU:C:2012:746).

⁷⁹ Tak też Ch. Tobler, *Limits and Potential...*, op.cit., s. 35.

⁸⁰ Por. szerzej J. Maliszewska-Nienartowicz, op.cit., s. 338–340.

nio odwołuje się do kryteriów odpowiedności i konieczności. Przykładowo, w wyroku w sprawie *Nikoloudi*⁸¹ powierzył sądowi krajowemu ocenę proporcjonalności, wskazując, że ma on zbadać zarówno, czy istniała możliwość osiągnięcia w inny sposób wskazywanych w postępowaniu celów, co wiąże się z wymogiem konieczności, jak i to, czy zastosowane środki są w stanie przyczynić się do ich realizacji, co z kolei nawiązuje do kryterium odpowiedności. Ogólnie należy zatem zauważyć, że w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć Trybunał po pewnym okresie braku precyzji i zróżnicowania standardów kontroli zgodności z zasadą proporcjonalności, w zależności od tego, czy mamy do czynienia ze środkami pracodawców czy też państw członkowskich, obecnie wydaje się zmierzać do ich zbliżenia⁸².

Trybunał oraz sądy krajowe powinny również w szerszym zakresie przeprowadzać ocenę proporcjonalności *sensu stricto*. Dobrze ilustruje to cytowany już wyrok w sprawie *CHEZ*⁸³, w którym TS powierzył sądowi krajowemu ocenę proporcjonalności środków zastosowanych przez powoda, ale wskazał bardzo szczegółowo, jakie jej kryteria powinien wziąć pod uwagę. Mianowicie po rozpatrzeniu, czy istnieją inne odpowiednie i mniej uciążliwe sposoby osiągnięcia celów wskazanych przez powoda i stwierdzeniu, że nie można zidentyfikować żadnego innego środka, który byłby tak skuteczny, jak sporna praktyka, musi ponadto „rozpatrzyć, czy niedogodności spowodowane przez sporną praktykę nie są nadmierne w stosunku do zamierzonych celów oraz czy praktyka ta nie narusza zbytnio zgodnych z prawem interesów osób zamieszkujących dane dzielnice”⁸⁴. Sąd krajowy powinien również „uwzględnić uciążliwy, powszechny i przestarzały charakter spornej praktyki” oraz „zgodny z prawem interes końcowych odbiorców zamieszkujących w rozpatrywanej dzielnicy, tak aby mogli oni skutecznie i regularnie sprawdzać oraz kontrolować zużycie energii elektrycznej”⁸⁵. Zdaniem TS wszystkie okoliczności sprawy wydają się wskazywać na to, że sporna praktyka nie może być uzasadniona właśnie z tego względu, że spowodowane nią niedogodności są nadmierne w stosunku do zamierzonych celów. Ostateczna ocena w tym zakresie należy jednak do sądu krajowego. Jak widać, w tej sprawie niezgodność środka z wymogiem proporcjonalności *sensu stricto* przesądziła o odrzuceniu uza-

⁸¹ Wyrok z 10 marca 2005 r. w sprawie C-196/02 *Vasiliki Nikoloudi* przeciwko Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, Zb. Orz. 2005, s. I-1789 (ECLI:EU:C:2005:141).

⁸² J. Maliszewska-Nienartowicz, op.cit., s. 340.

⁸³ Wyrok z 16 lipca 2015 r. w sprawie C-83/14 *CHEZ* Razpredelenie Bulgaria AD przeciwko Komisja za zashtita ot diskriminatsia (ECLI:EU:C:2015:480).

⁸⁴ *Ibidem*, pkt 122–123.

⁸⁵ *Ibidem*, pkt 124–125.

sadnienia wskazywanego przez powoda, a tym samym uznano, że narusza on zakaz dyskryminacji pośredniej ze względu na pochodzenie etniczne.

Uwagi końcowe

Analiza przeprowadzona w niniejszym opracowaniu pozwala na sformułowanie kilku istotnych wniosków. Obiektywne uzasadnienie, na które składa się cel zgodny z prawem oraz proporcjonalność środków podejmowanych dla jego osiągnięcia, odgrywają dużą rolę w kontekście stosowania koncepcji dyskryminacji pośredniej. W odniesieniu do celów należy zauważyć przede wszystkim, że ich katalog nie ma zamkniętego charakteru, a zatem można brać pod uwagę różnego rodzaju interesy wyższego rzędu, które mają być na tyle istotne, aby stanowić usprawiedliwienie pośrednio dyskryminujących środków. Muszą być one jednak legalne (zgodne z prawem) oraz niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na poszczególne kryteria chronione przez prawo, np. przynależność państwową, płeć, wiek, niepełnosprawność itd. Ponadto nie wystarczą zwykłe uogólnienia w tym zakresie, ale trzeba podać konkretne uzasadnienie danego środka. Wreszcie w przypadku regulacji czy praktyk państw członkowskich nie mogą mieć one czysto ekonomicznego czy też budżetowego charakteru, co wielokrotnie podkreślał Trybunał w swoim orzecznictwie. Natomiast w odniesieniu do środków stosowanych przez pracodawców uznawane są uzasadnienia oparte na przesłankach ekonomicznych, co jest przedmiotem słusznej krytyki w doktrynie. Wydaje się zatem, że Trybunał powinien ograniczyć nieco krąg celów, które mogą uzasadniać dyskryminację pośrednią, zwłaszcza w stosunku do środków stosowanych przez pracodawców. Zbyt szeroka swoboda w tym zakresie może bowiem prowadzić do osłabienia skuteczności zakazu dyskryminacji pośredniej.

Jej wzmocnieniu sprzyja natomiast wnikliwa ocena zgodności środka z zasadą proporcjonalności. Jeśli nawet wskazywany przez państwa członkowskie lub osoby fizyczne i prawne cel zostanie uznany przez Trybunał, ale zastosowane środki nie są właściwe, konieczne oraz proporcjonalne *sensu stricto*, wówczas uzasadnienie jako całość nie może zostać uwzględnione. Jednakże TS nie zawsze przeprowadzał tę kontrolę w jednakowy sposób, ale stosował różne testy proporcjonalności, zależne generalnie od tego, w jakim obszarze przyjęto dany środek i kto to uczynił. Jak wskazywano w opracowaniu, w ostatnim czasie w orzecznictwie Trybunału nastąpiła pewna zmiana w tym zakresie. Mianowicie stosowane jest bardziej rygorystyczne podejście, jeśli chodzi o kontrolę poszczególnych kryteriów proporcjonalności w sprawach dotyczących regulacji krajowych, co należy ocenić pozytywnie. Podobne stanowisko zajmuje Trybunał w odniesieniu

do środków stosowanych przez pracodawców lub usługodawców. Dobrze byłoby zatem, aby w kolejnych sprawach takie zbliżone podejście do kryteriów proporcjonalności zostało utrzymane. Nie wydaje się bowiem, aby stosowanie różnych sposobów jej kontroli było dostatecznie uzasadnione. Ponadto należałoby w szerszym zakresie uwzględnić wymóg proporcjonalności *sensu stricto*, a zatem dokonywać rzeczywistego wyważenia sprzecznych interesów i badać, czy nie doszło do nadmiernego ograniczenia praw jednostki w stosunku do zamierzonego celu. Jest to o tyle istotne, że rygorystyczne podejście do zgodności środków czy to osób fizycznych lub prawnych, czy też państw członkowskich z proporcjonalnością może odegrać ważną rolę w zwalczaniu najbardziej oczywistych przejawów dyskryminacji pośredniej.

Bibliografia

- Asscher-Vonk I.P., *Towards One Concept of Objective Justification?* w: *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, red. T. Loenen, P.R. Rodrigues, Hague–London–Boston 1999.
- Bernard N., *What Are the Purposes of EC Discrimination Law?* w: *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, red. J. Dine, B. Watt, London 1996.
- Brealey M., Hoskins M., *Remedies in EC Law*, London 1998.
- Czapliński W., *Zasada równouprawnienia płci w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, w: *Wokół problemów zawodowego równouprawnienia kobiet i mężczyzn*, red. R. Siemieńska, Warszawa 1997.
- De Búrca G., *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, "Yearbook of European Law", t. 13/1993.
- Ellis E., *EC Sex Equality Law*, Oxford 1998.
- Ellis E., *Gender Discrimination Law in the European Community*, w: *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, red. J. Dine, B. Watt, London 1996.
- Ellis E., *The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law*, w: *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, red. E. Ellis, Oxford 1999.
- Hervey T.K., *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, London–Dublin–Edinburgh–Brussels 1993.
- Jacobs F.G., *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, w: *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, red. E. Ellis, Oxford 1999.
- Leader S., *Proportionality and the Justification of Discrimination*, w: *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, red. J. Dine, B. Watt, London 1996.

- Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012.
- More G., *Equality of Treatment in EC Law: the Limits of Market Equality, w: Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*, red. A. Bottomley, London 1996.
- O'Leary S., *Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Oxford 2002.
- O'Neill A., *Decisions of the European Court of Justice and Their Constitutional Implications*, London–Dublin–Edinburgh 1994.
- Schiek D., *Indirect Discrimination, w: Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, red. D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, Oxford 2007.
- Tobler Ch., *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpia–Oxford 2005.
- Tobler Ch., *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G2, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2008.
- Tridimas T., *The Principle of Proportionality in Community Law: from the Rule of Law to Market Integration*, "The Irish Jurist", t. 31/1996.
- Wandzel M., *Czy można usprawiedliwić dyskryminację pośrednią? Sposoby weryfikacji zarzutu dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy” 2001/2002.
- Wandzel M., *Nowy kształt kontratypów dyskryminacji po nowelizacji Kodeksu pracy*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 5/2009.

Słowa kluczowe: cel zgodny z prawem, interes publiczny, test najmniej restrykcyjnego środka, środki konieczne, środki odpowiednie, proporcjonalność *sensu stricto* (w wąskim znaczeniu)

Key words: Legitimate Aim, Public Interest, Test of the Least Restrictive Measure, Necessary Measures, Appropriate Measures, Proportionality *Sensu Stricto*

Abstract

Objective Justification as an Important Element of Indirect Discrimination – Reflections on the Basis of the Case-Law of the Court of Justice

The article concentrates on the case-law of the Court of Justice concerning indirect discrimination, in particular one of its elements called objective justification. It should be noticed that this form of discrimination refers to neutral criteria which are not forbidden as such but their application puts the group of persons protected in a disadvantageous position. Such indirectly discriminatory measures can be justified by a legitimate aim but the means used to achieve it should be appropriate and necessary.

These legitimate aims cannot be connected with any discrimination based on the forbidden criterion e.g. nationality, sex, age, disability etc. According to the case-law of the Court of Justice their list is not closed. However, legitimate aims can be divided into three groups: those that are related to the public interest and those that refer to the job or the company as a whole. It is interesting to note that the Court of Justice allows employers or service providers to refer to economic factors which is criticised by the doctrine of European Law. It is suggested that it should limit the list of aims which may justify indirect discrimination. Wide discretion in this regard may lead to weakening of the effectiveness of the prohibition of indirect discrimination. Another important element of this form of discrimination is proportionality of the measures applied to achieve a legitimate aim. The Court of Justice has not always applied the same proportionality test in relation to the measures undertaken by the Member States and by employers or service providers. However, the Court has changed its approach recently and has started to assess the proportionality of the measure in a similar way.

On the whole it should be underlined that the Court of Justice plays a decisive role in the practical application of indirect discrimination. It can contribute to strengthening of the effectiveness of its prohibition e.g. by taking into account proportionality *sensu stricto* in the frames of objective justification and investigating whether there is an excessive restriction of individual rights in relation to the legitimate aim.