Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
GIOVANNIEGO PITRUZZELLI
przedstawiona w dniu 18 czerwca 2020 r.[1]

Sprawa C-16/19

VL
przy udziale:
Szpitala Klinicznego im. dra J. Babińskiego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Krakowie

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Sąd Okręgowy w Krakowie (Polska)]

Odesłanie prejudycjalne – Polityka społeczna – Równość traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy – Dyrektywa 2000/78/WE – Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność – Zróżnicowane traktowanie w ramach kategorii pracowników niepełnosprawnych

1. Czy zachowanie pracodawcy, który jedynie w celu uzyskania korzyści finansowej w postaci obniżenia składek wypłaca miesięczny dodatek do wynagrodzenia tylko niektórym zatrudnionym pracownikom niepełnosprawnym, traktując ich odmiennie od pozostałych pracowników niepełnosprawnych ze względu na datę przedłożenia orzeczenia o niepełnosprawności, można zakwalifikować jako dyskryminację w rozumieniu dyrektywy 2000/78/WE?

2. Pracodawca odmówił przyznania polskiej niepełnosprawnej pracownicy dodatku do wynagrodzenia, wypłacanego innym pracownikom niepełnosprawnym, tylko z tego powodu, że przedstawiła ona swoje orzeczenie o niepełnosprawności przed spotkaniem z dyrekcją zakładu pracodawcy. Na tym spotkaniu zakład, aby zachęcić do zwiększenia liczby zatrudnionych pracowników niepełnosprawnych w celu uzyskania obniżenia składki na fundusz osób niepełnosprawnych, obiecał wypłatę spornego dodatku do wynagrodzenia tylko tym pracownikom, którzy przedłożą orzeczenie o niepełnosprawności po dacie spotkania.

3. Kwestia prawna, którą Trybunał jeszcze się nie zajmował, leżąca u podstaw niniejszego postępowania, dotyczy zatem możliwości stosowania zakazu działań dyskryminujących (bezpośrednich lub pośrednich) w odniesieniu do zachowania pracodawcy, który traktuje odmiennie dwie grupy osób niepełnosprawnych w oparciu o pozornie neutralne kryterium (w niniejszym przypadku, w oparciu o datę przedłożenia orzeczenia o niepełnosprawności).

1 Język oryginału: włoski.

I. Ramy prawne

A. Prawo międzynarodowe

4. Artykuł 1 Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych, która została zatwierdzona w imieniu Wspólnoty Europejskiej decyzją Rady 2010/48/WE z dnia 26 listopada 2009 r.[2], (zwanej dalej „konwencją Narodów Zjednoczonych") stanowi, co następuje:

„1. Celem niniejszej konwencji jest popieranie, ochrona i zapewnienie pełnego i równego korzystania ze wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności przez wszystkie osoby niepełnosprawne oraz popieranie poszanowania ich przyrodzonej godności.

2. Do osób niepełnosprawnych zalicza się te osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami".

5. Ponadto, zgodnie z art. 5 wspomnianej Konwencji Narodów Zjednoczonych, zatytułowanym „Równość i niedyskryminacja":

„1. Państwa Strony uznają, że wszyscy ludzie są równi wobec prawa i są uprawnieni, bez jakiejkolwiek dyskryminacji, do jednakowej ochrony prawnej i jednakowych korzyści wynikających z prawa.

2. Państwa Strony zakażą jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność i zagwarantują osobom niepełnosprawnym jednakową dla wszystkich i skuteczną ochronę przed dyskryminacją z jakichkolwiek względów.

3. W celu popierania równości i likwidacji dyskryminacji Państwa Strony podejmą wszelkie odpowiednie kroki celem zapewnienia racjonalnych usprawnień.

4. Za dyskryminację w rozumieniu niniejszej konwencji nie będą uważane szczególne środki, które są niezbędne celem przyśpieszenia osiągnięcia lub zagwarantowania faktycznej równości osób niepełnosprawnych".

6. Wreszcie zgodnie z art. 27 konwencji Narodów Zjednoczonych, zatytułowanym „Praca i zatrudnienie":

„Państwa Strony uznają prawo osób niepełnosprawnych do pracy, na zasadzie równości z innymi osobami; obejmuje to prawo do możliwości zarabiania na życie poprzez pracę swobodnie wybraną lub przyjętą na rynku pracy oraz w otwartym, integracyjnym i dostępnym dla osób niepełnosprawnych środowisku pracy. Państwa Strony będą chronić i popierać realizację prawa do pracy, również tych osób, które staną się niepełnosprawne w okresie zatrudnienia, poprzez podjęcie odpowiednich kroków, w tym na drodze ustawodawczej, między innymi w celu: […] h) popierania zatrudniania osób niepełnosprawnych w sektorze prywatnym, poprzez odpowiednią politykę i środki, które mogą obejmować programy działań pozytywnych, zachęty i inne działania, […]".

2 Decyzja Rady z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie zawarcia przez Wspólnotę Europejską Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych (Dz.U. 2010, L 23, s. 35).

B. Prawo Unii

7. Motywy 11, 12 i 27 dyrektywy 2000/78[3] mają następujące brzmienie:

„(11) Dyskryminacja ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną może być przeszkodą w realizacji celów traktatu WE, w szczególności w zakresie wysokiego poziomu zatrudnienia i ochrony socjalnej, podnoszenia poziomu i jakości życia, spójności gospodarczej i społecznej, solidarności i swobodnego przepływu osób.

(12) W tym celu wszelka bezpośrednia i pośrednia dyskryminacja ze względu na wyznawaną religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w zakresie regulowanym niniejszą dyrektywą powinna być w całej Wspólnocie zakazana. […]

[…]

(27) W [z]aleceniu 86/379/EWG z dnia 24 lipca 1986 r. w sprawie zatrudniania we Wspólnocie osób niepełnosprawnych Rada określiła ramy, w których podane są przykłady pozytywnych działań mających wspierać zatrudnienie i kształcenie osób niepełnosprawnych, a w rezolucji z dnia 17 czerwca 1999 r. w sprawie możliwości zatrudnienia osób niepełnosprawnych potwierdziła szczególną wagę, jaką przywiązuje się w szczególności do rekrutacji, dalszego zatrudniania i kształcenia oraz kształcenia ustawicznego osób niepełnosprawnych”.

8. Artykuł 1 dyrektywy 2000/78, zatytułowany „Cel”, stanowi, że „[c]elem niniejszej dyrektywy jest wyznaczenie ogólnych ram dla walki z dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w odniesieniu do zatrudnienia i pracy, w celu realizacji w państwach członkowskich zasady równego traktowania”.

9. Zgodnie z art. 2 dyrektywy 2000/78, zatytułowanym „Pojęcie dyskryminacji”:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy »zasada równego traktowania« oznacza brak jakichkolwiek form bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji z przyczyn określonych w art. 1.

2. Do celów ust. 1:

a) dyskryminacja bezpośrednia występuje, w przypadku gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji, z jakiejkolwiek przyczyny wymienionej w art. 1;

b) dyskryminacja pośrednia występuje, w przypadku gdy przepis, kryterium lub pozornie neutralna praktyka może doprowadzić do szczególnej niekorzystnej sytuacji dla osób danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej, w stosunku do innych osób, chyba że:

   (i) taki przepis, kryterium lub praktyka jest obiektywnie uzasadniona zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne, lub

   (ii) jeżeli w przypadku osób w określony sposób niepełnosprawnych pracodawca lub każda osoba, do której odnosi się niniejsza dyrektywa, jest zobowiązany, na mocy przepisów krajowych, podejmować właściwe środki zgodnie z zasadami określonymi w art. 5, w celu zlikwidowania niedogodności spowodowanych tym przepisem, kryterium lub praktyką.

3 Dyrektywa Rady z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.U. 2000, L 303, s. 16).

[…]

5. Niniejsza dyrektywa nie narusza środków przewidzianych przepisami krajowymi, które w społeczeństwie demokratycznym są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, utrzymania porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia i ochrony praw i wolności innych osób".

10. Wreszcie art. 7 dyrektywy 2000/78 stanowi:

„2. W odniesieniu do osób niepełnosprawnych zasada równego traktowania nie stanowi przeszkody dla prawa państw członkowskich do utrzymywania lub przyjmowania przepisów dotyczących ochrony zdrowia i bezpieczeństwa w miejscu pracy, ani środków mających na celu stworzenie lub utrzymanie przepisów bądź ułatwień w celu ochrony lub wspierania integracji w środowisku pracy".

C. Prawo polskie

11. Artykuł 11^3 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, tekst jednolity (Dz.U. z 2018 r., poz. 917 ze zmianami) (zwanej dalej „polskim kodeksem pracy"), stanowi, co następuje:

„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, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony, zatrudnienie w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy – jest niedopuszczalna".

12. Zgodnie z art. 18^{3a} polskiego kodeksu pracy:

„§ 1. Pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony, zatrudnienie w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy.

§ 2. Równe traktowanie w zatrudnieniu oznacza niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio, z przyczyn określonych w § 1.

§ 3. Dyskryminowanie bezpośrednie istnieje wtedy, gdy pracownik z jednej lub z kilku przyczyn określonych w § 1 był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy.

§ 4. Dyskryminowanie pośrednie istnieje wtedy, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn określonych w § 1, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne".

13. Ponadto art. 18^{3b} wspomnianego kodeksu przewiduje:

„§ 1. Za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu, z zastrzeżeniem § 2–4, uważa się różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1, którego skutkiem jest w szczególności: […]

2) niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą,

3) […]

– chyba że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami.

[…]”.

14. Artykuł 18^{3d} rzeczonego kodeksu stanowi:

„Osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalane na podstawie odrębnych przepisów”.

15. Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 1997 r., nr 123 poz. 776, z późniejszymi zmianami), stanowi w art. 2a, co następuje:

„1. Osobę niepełnosprawną wlicza się do stanu zatrudnienia osób niepełnosprawnych począwszy od dnia przedstawienia pracodawcy orzeczenia potwierdzającego niepełnosprawność. […]”.

16. Rozdział 5 tej ustawy jest zatytułowany „Szczególne obowiązki i uprawnienia pracodawców w związku z zatrudnianiem osób niepełnosprawnych”. Zgodnie z art. 21 pracodawca zatrudniający co najmniej 25 pracowników jest obowiązany dokonywać wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (zwany dalej „PFRON”):

„1. Pracodawca zatrudniający co najmniej 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy jest obowiązany, z zastrzeżeniem ust. 2–5 i art. 22, dokonywać miesięcznych wpłat na [PFRON], w wysokości kwoty stanowiącej iloczyn 40,65% przeciętnego wynagrodzenia i liczby pracowników odpowiadającej różnicy między zatrudnieniem zapewniającym osiągnięcie wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości 6% a rzeczywistym zatrudnieniem osób niepełnosprawnych.

[…]

2. Z wpłat, o których mowa w ust. 1, zwolnieni są pracodawcy, u których wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych wynosi co najmniej 6% […]”.

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

17. VL była zatrudniona w Szpitalu Klinicznym im. dra J. Babińskiego Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Krakowie (zwanym dalej „szpitalem”) na stanowisku psychologa ostatnio od dnia 3 października 2011 r. do dnia 30 września 2016 r. W dniu 8 grudnia 2011 r. uzyskała ona orzeczenie o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności na stałe, które przekazała swojemu pracodawcy w dniu 21 grudnia 2011 r.

18. W następstwie spotkania z pracownikami, które miało miejsce w drugiej połowie 2013 r., dyrektor szpitala podjął decyzję o przyznaniu pracownikom, którzy przedłożą mu orzeczenie o stopniu niepełnosprawności, miesięcznego dodatku do wynagrodzenia w wysokości 250 PLN (około 60 EUR).

19. Decydującą datą dla przyznania tego dodatku do wynagrodzenia była data przedłożenia orzeczenia dyrektorowi szpitala, a nie data jego otrzymania. W związku z tym dodatek ów, nieprzewidziany w ustawodawstwie polskim, został przyznany w drodze jednostronnej decyzji dyrektora szpitala 13 pracownikom, to znaczy wyłącznie tym, którzy przedłożyli orzeczenie o niepełnosprawności po dacie wspomnianego spotkania z pracownikami. Natomiast 16 pracowników, którzy przedłożyli swoje orzeczenia o niepełnosprawności jeszcze przed wspomnianym spotkaniem, w tym VL, nie otrzymało dodatku.

20. W świetle powyższego i w wyniku kontroli przeprowadzonej przez Państwową Inspekcję Pracy, która wykazała dyskryminujący charakter kryterium zastosowanego w celu przyznania dodatku do wynagrodzenia, VL wniosła pozew w odniesieniu do środka przyjętego przez jej pracodawcę do Sądu Rejonowego dla Krakowa – Nowej Huty w Krakowie IV Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (Polska).

21. Powództwo miało na celu uzyskanie zarówno zapłaty spornego dodatku do wynagrodzenia (w wysokości 6000 PLN – około 1400 EUR – za okres od 1 września 2014 r., dnia wypłaty dodatku 13 niepełnosprawnym pracownikom, do 31 sierpnia 2016 r.), jak i naprawienia szkody poniesionej z powodu naruszenia zasady równego traktowania w zakresie zatrudnienia.

22. Wyrokiem z dnia 5 grudnia 2017 r. Sąd Rejonowy w Krakowie oddalił powództwo. W odniesieniu do dodatku do wynagrodzenia sąd wskazał, że prawo VL nie zostało zapisane w żadnym akcie wewnątrzzakładowym obowiązującym w szpitalu oraz nie zostało ono ustalone ani w indywidualnej umowie o pracę z VL, ani w drodze konkretnej decyzji samego pracodawcy. W odniesieniu do żądania odszkodowania z powodu dyskryminacji sąd pierwszej instancji orzekł, że sporny dodatek do wynagrodzenia nie stanowi wynagrodzenia za wykonaną pracę i że stosowane przez dyrektora szpitala kryterium różnicowania pracowników, to znaczy data przedłożenia orzeczenia o stopniu niepełnosprawności, nie znajduje się wśród niedozwolonych kryteriów określonych w art. 18^{3a} polskiego kodeksu pracy.

23. W szczególności, zdaniem sądu pierwszej instancji pracodawca nie zróżnicował VL ze względu na niepełnosprawność, ponieważ zróżnicowanie to wymagałoby porównania z pracownikami, którzy nie są niepełnosprawni.

24. VL wniosła apelację od wyroku sądu pierwszej instancji do Sądu Okręgowego w Krakowie (Polska, zwanego dalej „sądem odsyłającym"), twierdząc, że dyrektywa 2000/78 zakazuje wszelkiej, bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji osób niepełnosprawnych.

25. Zdaniem VL posłużenie się przez szpital arbitralnym i nieuzasadnionym kryterium daty przedłożenia orzeczenia o stopniu niepełnosprawności jako przesądzającym o przyznaniu dodatku do wynagrodzenia miało w stosunku do niej charakter dyskryminacyjny, gdyż w sposób nieuzasadniony różnicowało jej sytuację na tle innych osób niepełnosprawnych zatrudnionych w szpitalu oraz ostatecznie doprowadziło do naruszenia zasady niedyskryminacji. VL wyraźnie wniosła do sądu apelacyjnego o zwrócenie się z rozpatrywaną kwestią do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, aby ten wydał orzeczenie w trybie prejudycjalnym.

26. W związku z powyższym, powziąwszy wątpliwości co do wykładni art. 2 dyrektywy 2000/78, w szczególności co do tego, czy dyskryminacja – bezpośrednia lub pośrednia w znaczeniu, o jakim mowa w dyrektywie – może mieć miejsce w sytuacji, gdy pracodawca różnicuje pracowników w ramach jednej grupy wyróżnionej z uwagi na tę samą cechę chronioną, w tym przypadku niepełnosprawność, Sąd Okręgowy zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 2 dyrektywy [2000/78] powinien być rozumiany w ten sposób, że jedną z form naruszenia zasady równego traktowania stanowi różnicowanie sytuacji poszczególnych osób należących do grupy wyróżnionej z uwagi na cechę chronioną (niepełnosprawność), jeśli dokonane przez pracodawcę zróżnicowanie wewnątrz grupy następuje w oparciu o pozornie neutralne kryterium, a kryterium to nie może być obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki podjęte do tego celu nie są właściwe i konieczne?”.

III. Analiza prawna

A. Uwagi wstępne

27. Sąd odsyłający zwraca się zasadniczo do Trybunału o uściślenie wykładni art. 2 dyrektywy 2000/78, a konkretnie o to, czy zróżnicowanie sytuacji w ramach jednej grupy posiadającej tę samą cechę chronioną, w tym przypadku niepełnosprawność, może zostać uznane za „formę naruszenia zasady równego traktowania”.

28. Do Trybunału zwrócono się zatem o rozstrzygnięcie kwestii, czy zakres stosowania dyrektywy 2000/78, tradycyjnie ograniczony do zakazu dyskryminacji osób, które mogą zostać zdefiniowane na podstawie określonej cechy chronionej, w stosunku do osób, których nie można w ten sposób zdefiniować, może zostać rozszerzony w drodze wykładni na sytuacje różnicowania pomiędzy osobami posiadającymi tę samą chronioną cechę (w niniejszym przypadku niepełnosprawność).

29. Powódka w postępowaniu głównym, Rzeczpospolita Polska i Republika Portugalska proponują, posługując się jednak argumentami, które nie są całkowicie zbieżne, aby odpowiedzieć twierdząco na postawione pytanie: zachowanie takie jak zachowanie pracodawcy w niniejszej sprawie stanowi ich zdaniem dyskryminację zakazaną na mocy dyrektywy 2000/78. Natomiast strona pozwana w postępowaniu głównym i Komisja proponują, aby udzielić odpowiedzi przeczącej, ponieważ rozpatrywane okoliczności faktyczne nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy 2000/78.

B. Ogólne zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz cel dyrektywy 2000/78

30. Zasada równego traktowania stanowi zasadę ogólną prawa Unii, wyrażoną w art. 20 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”), której szczególnym wyrazem jest zasada niedyskryminacji ustanowiona w art. 21 ust. 1 karty [4]. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zasada ta wymaga od prawodawcy Unii, aby zgodnie z postanowieniami art. 52 ust. 1 karty porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób jednakowy, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione [5].

4 Zobacz wyroki: z dnia 11 lipca 2006 r., Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, pkt 56); z dnia 18 grudnia 2014 r., FOA (C-354/13, EU:C:2014:2463, pkt 32).

5 Zobacz wyrok z dnia 9 marca 2017 r., Milkova, (C-406/15, EU:C:2017:198, pkt 55); zob. podobnie wcześniejsze wyroki: z dnia 22 maja 2014 r., Glatzel, (C-356/12, EU:C:2014:350, pkt 43); z dnia 21 grudnia 2016 r., Vervloet i in., (C-76/15, EU:C:2016:975, pkt 74); z dnia 14 września 2010 r., Akzo Nobel Chemicals i Akcros Chemicals/Komisja, (C-550/07 P, EU:C:2010:512, pkt 54, 55).

31. Przepisy dyrektywy 2000/78 dokonują na poziomie prawa wtórnego uściślenia granic, którym podlega – tak samo jak inne prawa podstawowe Unii – ustanowiona w art. 21 karty zasada niedyskryminacji [6].

32. Celem dyrektywy 2000/78 jest wyznaczenie ogólnych ram dla walki z dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w odniesieniu do zatrudnienia i pracy „w celu realizacji w państwach członkowskich zasady równego traktowania" [7].

33. Jak wynika w szczególności z art. 2 ust. 1 tej dyrektywy, zasada równego traktowania ma zastosowanie (wyłącznie) w oparciu o względy, których wyczerpujące wyliczenie zawarto w art. 1 rzeczonej dyrektywy [8].

34. Z przytoczonego orzecznictwa Trybunału można zatem wywnioskować, że: 1) celem dyrektywy 2000/78 – w zakresie wprowadzenia na poziomie prawa wtórnego zasad równego traktowania i niedyskryminacji – jest zapewnienie skutecznej ochrony [9] osobom znajdującym się w określonej sytuacji chronionej, aby uniknąć stosowania wobec nich zróżnicowanego traktowania [10] w stosunku do osób, które nie znajdują się w takiej sytuacji chronionej; 2) w odniesieniu do rodzajów sytuacji chronionych (art. 1 dyrektywy) należy stosować wykładnię zawężającą [11]; 3) nie każde odmienne traktowanie pracowników stanowi dyskryminację w rozumieniu dyrektywy 2000/78, lecz jedynie takie odmienne traktowanie, które mogłoby być powiązane z jedną z sytuacji chronionych.

35. Należy zatem rozpatrzyć kwestię, czy sytuacja taka jak rozpatrywana w postępowaniu głównym jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 2000/78.

C. Zakres stosowania dyrektywy 2000/78

36. W tej kwestii istnieją dwa przeciwstawne stanowiska między uczestnikami niniejszego postępowania: strona pozwana w postępowaniu głównym i Komisja wydają się proponować wykładnię zawężającą całej dyrektywy 2000/78, zgodnie z którą może ona mieć zastosowanie jedynie na wypadek zróżnicowanego traktowania osób niepełnosprawnych w stosunku do osób, które nie są niepełnosprawne [12], oraz z powodów ściśle i bezpośrednio związanych z samą niepełnosprawnością; natomiast powódka w postępowaniu głównym, Rzeczpospolita Polska i Republika Portugalska są

6 Zobacz opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie G4S Secure Solutions, (C-157/15, EU:C:2016:382, pkt 61).

7 Zobacz wyroki: z dnia 22 stycznia 2019 r., Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, pkt 36); z dnia 17 kwietnia 2018 r., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, pkt 47) w odniesieniu do religii i przekonań. W odniesieniu do niepełnosprawności zob. podobnie wyroki: z dnia 17 lipca 2008 r., Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, pkt 42); z dnia 9 marca 2017 r., Milkova, (C-406/15, EU:C:2017:198, pkt 46).

8 Zobacz wyrok z dnia 9 marca 2017 r., Milkova, (C-406/15, EU:C:2017:198, pkt 34); zob. podobnie wcześniejsze wyroki: z dnia 7 lipca 2011 r., Agafiței i in. (C-310/10, EU:C:2011:467, pkt 34); z dnia 21 maja 2015 r., SCMD (C-262/14, niepublikowany, EU:C:2015:336, pkt 44, 45). Oznacza to, że sama dyrektywa nie ustanawia w zakresie zatrudnienia i pracy zasady równego traktowania, której źródło znajduje się w różnych instrumentach międzynarodowych, jak również we wspólnych tradycjach konstytucyjnych państw członkowskich, lecz ma ona na celu jedynie wyznaczenie we wspomnianych dziedzinach ogólnych ram walki z dyskryminacją z niektórych względów; zob. podobnie wyroki: z dnia 22 listopada 2005 r., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, pkt 74); z dnia 19 stycznia 2010 r., Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, pkt 20); z dnia 10 maja 2011 r., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, pkt 56).

9 Zarówno z tytułu i z preambuły, jak i z treści i celu dyrektywy 2000/78 wynika, że dyrektywa ta zmierza do ustanowienia ogólnych ram dla zapewnienia każdej osobie równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, oferując jej *„skuteczną ochronę* przed dyskryminacją ze względu na jedną z przyczyn określonych w art. 1": wyroki: z dnia 13 listopada 2014 r., Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371, pkt 28); z dnia 18 listopada 2010 r., Georgiev (C-250/09 i C-268/09, EU:C:2010:699, pkt 26). Do *„skutecznej ochrony"* odnoszą się w ten sam sposób wyroki: z dnia 15 stycznia 2019 r., E.B. (C-258/17, EU:C:2019:17, pkt 40); z dnia 28 lipca 2016 r., Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, pkt 32); z dnia 19 września 2018 r., Bedi (C-312/17, EU:C:2018:734, pkt 28) (wyróżnienie moje).

10 O „walce z *wszelkimi formami dyskryminacji* ze względu na niepełnosprawność" mowa jest w wyroku z dnia 17 lipca 2008 r., Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, pkt 38) (wyróżnienie moje).

11 Zobacz wyroki: z dnia 26 września 2013 r., HK Danmark (C-476/11, EU:C:2013:590, pkt 47); z dnia 26 września 2013 r., Dansk Jurist– og Økonomforbund (C-546/11, EU:C:2013:603, pkt 41).

12 Na rozprawie Komisja wyjaśniła swoje stanowisko w odpowiedzi na pytania Trybunału, wskazując, że uważa ona, iż teoretycznie dyrektywa ma zastosowanie również w ramach kategorii osób niepełnosprawnych, lecz wykluczając to stosowanie w niniejszym sporze.

przeciwnego zdania, że dyrektywa 2000/78 może mieć zastosowanie również w sytuacjach takich jak sytuacja rozpatrywana w sporze w postępowaniu głównym, w których pracodawca różnicuje w ramach kategorii pracowników niepełnosprawnych oraz w oparciu o kryterium odróżniające, które (pozornie) nie jest bezpośrednio związane z niepełnosprawnością.

37. Jak już wskazałem, z orzecznictwa Trybunału wynika, że z uwagi na brzmienie art. 13 WE (obecnie art. 19 TFUE), na którym opiera się dyrektywa 2000/78, zakres stosowania owej dyrektywy nie może być w drodze analogii rozszerzony – w tym także za pomocą odniesienia do ogólnej zasady niedyskryminacji – poza dyskryminację z przyczyn wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 1 tejże dyrektywy [13].

38. Należy zatem przyjąć wykładnię zawężającą względów wymienionych w art. 1. W odniesieniu do ogółu przepisów zawartych w dyrektywie (np. kwestii osób podlegających ochronie i osób, których sytuacja jest porównywalna dla celów oceny istnienia dyskryminacji) moim zdaniem wskazana jest wykładnia mniej rygorystyczna i bardziej zwracająca uwagę na ogólne cele dyrektywy oraz na jej skuteczność w walce z dyskryminacją w stosunkach pracy [14].

39. Orzecznictwo Trybunału dostarcza w tym zakresie interesujących wskazówek, które pozwalają wywieść wyżej zaprezentowane wnioski.

40. W odniesieniu do osób podlegających ochronie Trybunał dokonał już wykładni rozszerzającej, zgodnej z celami dyrektywy, stwierdzając wyraźnie, że „z przepisów dyrektywy 2000/78 nie wynika, by zasada równego traktowania, którą dyrektywa ma zapewniać, była ograniczona do osób dotkniętych niepełnosprawnością w rozumieniu tej dyrektywy[[15]]. Wprost przeciwnie, ma ona na celu walkę z wszelkimi formami dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w odniesieniu do zatrudnienia i pracy. Zasada równego traktowania bowiem, ustanowiona w tej dyrektywie w tym obszarze stosuje się nie do jednej kategorii określonych osób, lecz w zależności od przyczyn, o których mowa w art. 1 dyrektywy. Wykładnię taką potwierdza brzmienie art. 13 WE, stanowiącego podstawę prawną dyrektywy 2000/78, który powierza Wspólnocie kompetencje do podjęcia środków niezbędnych w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu, między innymi, na niepełnosprawność” [16].

41. W odniesieniu do porównywalnych osób, zważywszy, że „typową” funkcją dyrektywy 2000/78 – podobnie jak wszystkich przepisów prawnych zakazujących dyskryminacji – jest ochrona pracowników, którzy znajdują się w określonych sytuacjach zasługujących na szczególną ochronę w stosunku do osób, które nie znajdują się w takiej samej sytuacji, punktem odniesienia dla oceny, czy dane zachowanie lub dany przepis jest dyskryminujący, są zazwyczaj osoby nieposiadające cechy chronionej.

42. Mogą jednak wystąpić przypadki, w których zróżnicowane traktowanie występuje w ramach grupy charakteryzującej się sytuacją chronioną, w niniejszym przypadku niepełnosprawnością.

13 Sformułowanie użyte w opinii rzecznika generalnego H. Saugmandsgaarda Øe w sprawie Milkova (C-406/15, EU:C:2016:824, pkt 53).

14 Zobacz wyrok z dnia 17 lipca 2008 r., Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, pkt 46), z którego wynika, że o ile Trybunał orzekł, iż odmienne traktowanie powinno wynikać z przyczyn określonych w art. 1, „o tyle Trybunał nie orzekł, że zasada równego traktowania oraz zakres *podmiotowy* stosowania tej dyrektywy powinny, w odniesieniu do tych przyczyn, być interpretowane w sposób ścisły”. Ponadto w pkt 51 wskazano, że „wykładnia dyrektywy 2000/78 ograniczająca jej zastosowanie tylko do osób niepełnosprawnych mogłaby pozbawić tę dyrektywę dużej części jej skuteczności oraz ograniczyć ochronę, którą ma gwarantować”.

15 W wyroku Coleman, jak wiadomo, orzeczono, że stosowano dyskryminację bezpośrednią wobec pracownicy, która miała na utrzymaniu niepełnosprawne dziecko.

16 Zobacz wyrok z dnia 17 lipca 2008 r., Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, pkt 38).

43. Wykładnia, zgodnie z którą takie zróżnicowane traktowanie wykracza poza zakres stosowania dyrektywy 2000/78 tylko dlatego, że porównaniu nie podlegają osoby niepełnosprawne i pełnosprawne, lecz wyłącznie osoby niepełnosprawne, byłaby co najmniej formalistyczna i absolutnie niezgodna z celem, do którego osiągnięcia zmierza dyrektywa: uniknięcie odmiennego traktowania niektórych osób ze względu na niepełnosprawność.

44. Nie oznacza to oczywiście, że każda różnica w traktowaniu pracownika niepełnosprawnego (lub grupy pracowników niepełnosprawnych) w porównaniu do innego pracownika niepełnosprawnego (lub innej grupy pracowników niepełnosprawnych) może zostać zakwalifikowana jako dyskryminacja zakazana na mocy dyrektywy 2000/78 [17], ponieważ taka wykładnia mogłaby prowadzić paradoksalnie do dyskryminacji odwrotnej, nakładając na pracodawcę a priori bezwzględny obowiązek równego traktowania pracowników niepełnosprawnych, który nie jest ustanowiony w prawie Unii. Natomiast zakazane jest uprzywilejowane traktowanie ze względu na niepełnosprawność grupy pracowników niepełnosprawnych kosztem innej grupy pracowników niepełnosprawnych.

45. Należy zatem zbadać, czy zróżnicowane traktowanie jest związane z cechą chronioną (niepełnosprawność), niezależnie od tego, czy porównania należy dokonać w ramach osób posiadających tę cechę chronioną, czy też w stosunku do osób spoza tej grupy. Posługując się słowami Trybunału: „[z]asada równego traktowania bowiem, ustanowiona w tej dyrektywie w tym obszarze stosuje się nie do jednej kategorii określonych osób, lecz w zależności od przyczyn, o których mowa w art. 1 dyrektywy” [18].

46. Tytułem przykładu można przywołać sytuacje, w których pracodawca stosuje zróżnicowane traktowanie pracowników niepełnosprawnych ze względu na rodzaj niepełnosprawności lub stopień niepełnosprawności. W tych przypadkach związek między zróżnicowanym traktowaniem a cechą chronioną byłby jednoznaczny, a zatem moim zdaniem mielibyśmy do czynienia w pełni z zakresem stosowania dyrektywy 2000/78, mimo iż chodzi o porównanie w ramach grupy pracowników niepełnosprawnych [19].

47. Po wyjaśnieniu, w świetle orzecznictwa Trybunału, związków między ogólnymi zasadami równego traktowania i niedyskryminacji a celami dyrektywy 2000/78 oraz biorąc pod uwagę jej zakres stosowania należy dokonać analizy sytuacji prawnej, takiej jak ta rozpatrywana w niniejszej sprawie, aby ocenić, czy jest możliwe, że wchodzi w zakres dyskryminacji zakazanej we wspomnianej dyrektywie.

D. Ocena dyskryminacji: porównanie, określenie niekorzystnej sytuacji, (ewentualne) uzasadnienie

1. Działanie podjęte przez pracodawcę

48. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z decyzją pracodawcy, który przyznał miesięczny i stały dodatek do wynagrodzenia jedynie tym pracownikom niepełnosprawnym, którzy przedłożyli orzeczenie o niepełnosprawności po określonej dacie. W ten sposób pracodawca odmówił wspomnianego dodatku pracownikom, którzy byli niepełnosprawni, lecz przedłożyli orzeczenie o niepełnosprawności we wcześniejszym terminie.

17 Moim zdaniem wydaje się, że nadmierne rozszerzenie zakresu stosowania dyrektywy 2000/78 jest powodem (i być może obawą), dla którego Komisja, dopuszczając możliwość, by dyrektywa 2000/78 mogła mieć zastosowanie do sytuacji porównywalnych między pracownikami niepełnosprawnymi, sprzeciwia się udzieleniu odpowiedzi twierdzącej na pytanie przedłożone przez sąd odsyłający.

18 Zobacz wyrok z dnia 17 lipca 2008 r., Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, pkt 38).

19 Chodzi o analizę, z jaką zgadza się również Komisja, która na rozprawie, w odpowiedzi na pytania Trybunału i precyzując swoje stanowisko, które wydawało się inne w jej uwagach na piśmie, wyraźnie przytoczyła rzeczone przykłady w celu stwierdzenia, że wspomniane sytuacje są niewątpliwie objęte zakresem stosowania dyrektywy 2000/78. Potwierdzenie możliwości stosowania treści dyrektywy również w ramach grup wyróżnionych ze względu na cechę chronioną można znaleźć także w orzecznictwie Trybunału, choć w odniesieniu do innej cechy chronionej (religii). W tym przypadku chodziło o pośrednią dyskryminację w ramach grupy pracowników będących członkami różnych kościołów chrześcijańskich, zob. wyrok z dnia 22 stycznia 2019 r., Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43).

49. Czy takie zachowanie może stanowić dyskryminację w rozumieniu dyrektywy 2000/78? Czy kryterium odróżniające leżące u podstaw zróżnicowanego traktowania jest związane z niepełnosprawnością? Z jakimi osobami należy dokonać porównania w celu dokonania oceny, czy mamy do czynienia z dyskryminacją? Czy chodzi o dyskryminację bezpośrednią czy pośrednią? Czy w przypadku dyskryminacji pośredniej może istnieć obiektywne uzasadnienie, które pozwoliłoby wykluczyć dyskryminacyjny charakter podjętego działania?

2. Kryterium odróżniające i związek z cechą chronioną

50. Jak wskazano powyżej, orzecznictwo Trybunału i wykładnia dokonywana w świetle międzynarodowych źródeł prawa dotyczących dyskryminacji i celów dyrektywy 2000/78 pozwalają odrzucić zarzut, że dyrektywa ta ma zastosowanie jedynie do sytuacji, w których porównywani są pracownicy niepełnosprawni i pracownicy, którzy nie są niepełnosprawni.

51. Moim zdaniem w niniejszej sprawie Trybunał musi uzupełnić swoją wykładnię dyrektywy 2000/78 poprzez uściślenie, że możliwa jest także dyskryminacja w ramach grupy osób niepełnosprawnych właśnie dlatego, że dyrektywa 2000/78 chroni pracowników przed odmiennym traktowaniem związanym z jedną z cech chronionych, niezależnie od osoby dyskryminowanej (osoby niepełnosprawnej lub osoby bezpośrednio związanej z osobą niepełnosprawną) oraz niezależnie od osoby będącej puktem odniesienia w porównaniu (osoby niedotkniętej niepełnosprawnością lub innej osoby niepełnosprawnej).

52. Jak wskazano, kryterium odróżniającym dla zróżnicowanego traktowania jest data przedłożenia orzeczenia o niepełnosprawności.

53. Zgodnie ze stanowiskiem strony pozwanej w postępowaniu głównym (szpital) i częściowo Komisji kryterium to nie ma żadnego związku z niepełnosprawnością, a zatem nie pozwala na stwierdzenie dyskryminacji, która – jak już wskazano – jako projekcja „zasady równego traktowania", musi bezwzględnie w rozumieniu art. 2 dyrektywy 2000/78 opierać się na jednej „z przyczyn określonych w art. 1".

54. Natomiast powódka w postępowaniu głównym (pracownica), Rzeczpospolita Polska i Republika Portugalska, chociaż posługują się argumentami, które nie są całkowicie zbieżne, uważają, że wspomniane kryterium odróżniające jest ściśle związane z chronioną sytuacją „niepełnosprawności", o której mowa w art. 1 dyrektywy 2000/78, w związku z czym może stanowić dyskryminację, czyli sytuację niezgodną z prawem w rozumieniu tej dyrektywy.

55. Aby przedstawić pełny obraz możliwości w tej kwestii, nie bez znaczenia jest wskazanie, że jak wynika z akt sprawy, w następstwie kontroli przeprowadzonej w miejscu pracy powódki w postępowaniu głównym również polska Państwowa Inspekcja Pracy oceniła, iż kryterium przyznania dodatku do wynagrodzenia było dyskryminujące [20]. Innego zdania jest jednak sąd pierwszej instancji, do którego wystąpiła powódka i który oddalił powództwo wyłącznie na podstawie prawa krajowego. Natomiast sąd odsyłający, mimo iż nie wydaje się wykluczać dyskryminującego charakteru (w postaci dyskryminacji pośredniej) zachowania pracodawcy, to jednak ma on wątpliwości, które zostały wyrażone w pytaniu prejudycjalnym, co do możliwości zastosowania art. 2 dyrektywy 2000/78 do sytuacji, które nie dotyczą porównania między grupą osób niepełnosprawnych a grupą osób niedotkniętych niepełnosprawnością.

20 Zgodnie z pkt 7 uwag powódki w postępowaniu głównym „Państwowa Inspekcj[a] Pracy uznała w szczególności, że kryterium przyznania dodatku do wynagrodzenia w postaci daty przedłożenia stronie pozwanej orzeczenia o niepełnosprawności ma charakter dyskryminujący. Na skutek kontroli w dniu 19 grudnia 2016 r. Państwowa Inspekcja Pracy skierowała do strony pozwanej wystąpienie celem usunięcia nieprawidłowości, natomiast powódkę poinformowała o możliwości dochodzenia roszczeń przed sądem powszechnym".

56. Kryterium odróżniające zastosowane przez pracodawcę dla zróżnicowanego traktowania jest rażąco nielogiczne i nieobiektywne [21].

57. Kryterium to odnosi się bowiem do daty, która stawia w niekorzystnej sytuacji grupę osób niepełnosprawnych (tych, które przedłożyły orzeczenie przed spotkaniem), pozbawiając je dodatku do wynagrodzenia, co jest również sprzeczne z celem, do którego dąży pracodawca.

58. Strona pozwana w postępowaniu głównym wyraźnie przyznała bowiem, że uzasadnieniem tego nietypowego żądania, przedstawionego na wspomnianym spotkaniu, było zwiększenie liczby zatrudnionych osób niepełnosprawnych w celu zmniejszenia wysokości składki na PFRON [22].

59. Jeśli tak jest, a zatem wybór pracodawcy jest motywowany oszczędnościami z tytułu obniżenia składki uzyskanymi dzięki liczbie zatrudnionych osób niepełnosprawnych, dodatek do wynagrodzenia powinien przysługiwać wszystkim pracownikom niepełnosprawnym, którzy w równym stopniu przyczyniają się do obniżenia składki ze względu na sam fakt ich zatrudnienia. Każda osoba, która w dowolnym terminie przedstawiła orzeczenie o niepełnosprawności, przyczynia się bowiem częściowo do obniżenia składki na PFRON.

60. Jeszcze bardziej osobliwe jest przedstawione przez stronę pozwaną w postępowaniu głównym na rozprawie uzasadnienie zróżnicowanego traktowania obu grup pracowników niepełnosprawnych.

61. Jeśli dobrze zrozumiałem to uzasadnienie, wypłacenie dodatku do wynagrodzenia wszystkim pracownikom, którzy złożyli orzeczenia o niepełnosprawności byłoby dla pracodawcy zbyt kosztowne i być może ostatecznie nieopłacalne w stosunku do oszczędności z tytułu obniżenia składek.

62. Uściśliwszy, że względy o charakterze wyłącznie finansowym nie wystarczyłyby do wykluczenia dyskryminującego charakteru traktowania, taka argumentacja potwierdza brak obiektywizmu decyzji pracodawcy, który potraktował w sposób odmienny dwie grupy osób znajdujących się w tej samej sytuacji (osoby niepełnosprawne, które przedłożyły pracodawcy orzeczenie o niepełnosprawności, przyczyniając się wspólnie do obniżenia składek na PFRON).

63. Kryterium odróżniającym nie jest zatem, jak zostało to formalnie ogłoszone, data przedłożenia orzeczenia o niepełnosprawności, która jest całkowicie bez znaczenia dla celów oszczędności w zakresie składek, ponieważ żadna okoliczność wynikająca z akt sprawy nie pozwala przypuszczać, że pracodawca osiągnął większe oszczędności w związku z datą przedłożenia orzeczenia o niepełnosprawności.

64. Kryterium odróżniającym jest uzyskanie nowego orzeczenia o niepełnosprawności w celu zwiększenia liczby zatrudnionych pracowników niepełnosprawnych posiadających to orzeczenie.

65. Gdyby kryterium była rzeczywiście data przedłożenia orzeczenia o niepełnosprawności, a nie posiadanie nowego orzeczenia, paradoksalnie wystarczyłoby przedstawienie nowego orzeczenia przez te osoby, który już je przedłożyły, w celu otrzymania dodatku do wynagrodzenia.

66. Rzeczywistym kryterium odróżniającym jest zatem uzyskanie i przedłożenie orzeczenia po spotkaniu zwołanym specjalnie po to, aby zachęcić pracowników do postarania się o orzeczenie w celu zmniejszenia wysokości składki.

67. Jeśli tak jest, to czy rzeczone kryterium jest związane z sytuacją chronioną (niepełnosprawność)?

21 Podobnie wypowiedziała się również Komisja na rozprawie. Rzeczpospolita Polska opisała kryterium jako „nielogiczne, absurdalne i niewytłumaczalne”.

22 Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych przewidziany w prawie polskim, zob. pkt 16 powyżej.

68. Moim zdaniem tak, ponieważ tylko pracownik niepełnosprawny może uzyskać orzeczenie o niepełnosprawności, w związku z czym niepełnosprawność jest warunkiem koniecznym, aby pracownik (hipotetycznie będący już niepełnosprawny, ale który z przyczyn osobistych nie złożył jeszcze wniosku o wydanie orzeczenia o niepełnosprawności lub nie przedłożył go pracodawcy) mógł otrzymać orzeczenie o niepełnosprawności i przedłożyć je pracodawcy.

3. Rodzaje naruszeń stanowiących dyskryminację, sytuacje porównywalne i (ewentualne) uzasadnienie

69. Do jakiego rodzaju dyskryminacji można przypisać opisane zachowanie?

70. Wśród różnych argumentów powódka w postępowaniu głównym podnosi również – w przypadku odrzucenia możliwości zastosowania w niniejszej sprawie art. 2 dyrektywy 2000/78 – to, że zachowanie pracodawcy może stanowić działanie pozytywne w rozumieniu art. 7 tej dyrektywy [23].

71. Raczej wykluczyłbym tę możliwość. Jeśli oprzeć się na art. 7 dyrektywy 2000/78, działania pozytywne można zdefiniować jako środki „mając[e] zapobiegać lub wyrównywać niedogodności, u podstaw których leży jedna z przyczyn określonych w art. 1", które mają na celu usunięcie przeszkód faktycznie uniemożliwiających osiągnięcie równości szans, wspieranie zatrudnienia i osiągnięcie równości materialnej między pracownikami.

72. Uważam, że niniejsza sprawa nie dotyczy działania pozytywnego: po pierwsze, dlatego że – jak wyraźnie przyznał sam pracodawca – celem przyjętego środka było uzyskanie oszczędności finansowej poprzez zmniejszenie składki na PFRON, a nie pozytywne działanie na korzyść pracowników niepełnosprawnych [24]. Po drugie, nie widzę możliwości zakwalifikowania jako działanie pozytywne przyznania dodatku do wynagrodzenia zastrzeżonego wyłącznie dla grupy pracowników niepełnosprawnych, odróżniających się od tych, którzy nie są jego beneficjentami nie ze względu na cechy związane ze stosunkiem pracy (jak w sprawie Milkova [25]), lecz wyłącznie ze względu na datę przedłożenia pracodawcy orzeczenia o niepełnosprawności.

73. Zmniejszenie wysokości składki na PFRON poprzez zatrudnienie nowych osób niepełnosprawnych może prawdopodobnie zostać uznane za działanie pozytywne wprowadzone przez polskiego ustawodawcę. Natomiast, mimo iż wypłata rozpatrywanego dodatku do wynagrodzenia jest związana z wyżej wymienionym obniżeniem składki, wydaje się być niezwiązana z celami, o których mowa w art. 7 dyrektywy 2000/78: jest tak, ponieważ jest ona ograniczona tylko do grupy osób niepełnosprawnych w oparciu o nielogiczne i nieobiektywne kryterium, a także ma na celu uzyskanie nowych orzeczeń od pracowników już zatrudnionych, a nie zatrudnienie nowych pracowników, niezwiązane z celami lepszej integracji samych osób niepełnosprawnych.

74. Odnosząc się do typowych przypadków dyskryminacji, rozróżnienie między bezpośrednią i pośrednią dyskryminacją nie jest tak oczywiste w tekście dyrektywy, a nawet wśród podmiotów dokonujących wykładni istnieją różnice zdań w odniesieniu do tych dwóch kategorii.

75. W niniejszym przypadku raczej wykluczyłbym, że chodzi o dyskryminację bezpośrednią (wydaje mi się, że tego zdania jest pracownica i Rzeczpospolita Polska) [26].

23 W swoich uwagach powódka w postępowaniu głównym (pkt 30 i nast.) wskazała, że nawet gdyby uznać, iż dyrektywa 2000/78 nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, zastosowanie miałyby ogólne zasady prawa Unii, to znaczy zasada równego traktowania i zakaz dyskryminacji, o których mowa w art. 20, 21 i 26 karty. Stosując zatem zasadę wyrażoną przez Trybunał w przytoczonym wyroku Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198), dodatek do wynagrodzenia stanowiłby działanie pozytywne przyjęte przez pracodawcę.

24 Tego samego zdania jest także Komisja, zob. uwagi na piśmie, pkt 21.

25 Wyrok z dnia 9 marca 2017 r., Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

26 Podobnie jak sąd odsyłający, który w pytaniu wyraźnie odnosi się do rozróżnienia opartego na *„pozornie neutralnym kryterium", które nie może być* „obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki podjęte do tego celu nie są właściwe i konieczne".

76. Dyskryminacja bezpośrednia występuje bowiem zwykle w sytuacjach, w których niekorzystne traktowanie dotyczy danej „osoby" w stosunku do „inn[ej] osob[y] w porównywalnej sytuacji" „z jakiejkolwiek przyczyny wymienionej w art. 1". Natomiast w niniejszym przypadku mamy do czynienia z niekorzystnym traktowaniem „grupy osób" (osób niepełnosprawnych, które przedłożyły orzeczenie o niepełnosprawności przed spotkaniem).

77. Brak jest wobec tego bezpośredniej korelacji między działaniem podjętym przez pracodawcę a cechą chronioną. Innymi słowy, brak jest rzeczywistego bezpośredniego związku przyczynowego. Kryterium zastosowane w celu rozróżnienia w ramach dwóch grup pracowników niepełnosprawnych nie odnosi się w rzeczywistości bezpośrednio do niepełnosprawności (jej rodzaju, stopnia, źródła, daty wystąpienia), lecz jest „pozornie neutralne", ponieważ odnosi się do daty przedłożenia orzeczenia o niepełnosprawności.

78. Jednakże kryterium to jest jedynie pozornie neutralne – jak słusznie podnoszą uczestnicy postępowania (powódka w postępowaniu głównym, Rzeczpospolita Polska, Republika Portugalska) – ponieważ tylko osoby niepełnosprawne mogą złożyć wniosek o wydanie orzeczenia o niepełnosprawności oraz przedłożyć owo orzeczenie. Z tego wynika, że przedłożenie wspomnianego orzeczenia i data tego przedłożenia są nierozerwalnie związane z cechą chronioną [27].

79. Pozwala to na wyraźne odróżnienie sytuacji będącej przedmiotem niniejszej sprawy od sytuacji rozpatrywanej przez Trybunał w sprawie Milkova: w wyroku tym Trybunał zasadnie ograniczył się do wyłączenia z zakresu stosowania dyrektywy 2000/78 różnic traktowania, które mimo iż dotyczyły pracowników niepełnosprawnych, to formalnie i materialnie odnosiły się do „charakteru stosunku pracy" bez żadnego związku z samą niepełnosprawnością.

80. Jednakże w niniejszej sprawie użyte kryterium, choć „pozornie neutralne" (ponieważ nie zawiera ono wyraźnego i bezpośredniego odniesienia do niepełnosprawności), stawia w „szczególnie niekorzystnej sytuacji" (odmowa przyznania dodatku do wynagrodzenia niewątpliwie może być objęta tym pojęciem) „os[oby] danej […] niepełnosprawności" […] „w stosunku do innych osób" i w pewien sposób, jak twierdzą też niektórzy uczestnicy postępowania [28], zrównuje je z osobami, które nie są niepełnosprawne [29].

81. To właśnie w tej kwestii należałoby rozwinąć nowatorski zakres orzeczenia Trybunału, gdyby Trybunał postanowił uwzględnić sugestie zawarte w niniejszej opinii. Przepis art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78 należałoby bowiem interpretować w ten sposób, że obejmuje on również możliwość porównania „(niektórych) osób danej […] niepełnosprawności" „w stosunku do innych osób" (które również mogą być dotknięte niepełnosprawnością).

82. Porównanie „w stosunku do innych osób" według zwyczajowej interpretacji polega bowiem na dokonaniu odniesienia do osób, które nie mają cechy chronionej. Ta „tradycyjna" wykładnia, zgodna z równie „tradycyjną" funkcją dyrektywy, nie wiąże jednak, jak wskazano powyżej, podmiotu dokonującego wykładni, którego zadaniem – tak jak w niniejszej sprawie – w ramach badania dyskryminacji jest dokonanie oceny działania, które stawia niektóre osoby niepełnosprawne w niekorzystnej sytuacji w stosunku do innych osób, które również są niepełnosprawne, w oparciu o (jedynie pozornie) neutralne kryterium.

27 Nierozerwalny związek z cechą chronioną jest uważany za istotny element dyskryminacji bezpośredniej. Moim zdaniem w tym przypadku mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią, której związek z cechą chronioną, choć pośredni, jest w każdym razie nierozerwalny.

28 W szczególności Rzeczpospolita Polska, zob. uwagi na piśmie, pkt 13.

29 Chodzi o dyskryminację „pośrednią", ponieważ różnica nie dotyczy traktowania, lecz raczej skutków, jakie ono wywołuje. Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) również przyjął tę definicję dyskryminacji pośredniej, stwierdzając, że „różnica traktowania może przyjąć formę nieproporcjonalnie krzywdzących skutków polityki ogólnej lub środka ogólnego, które, mimo że sformułowane w sposób neutralny, dyskryminują określoną grupę osób", wyroki ETPC: z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie D.H. i in. przeciwko Republice Czeskiej [GC] (nr 57325/00), § 184; z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie Opuz przeciwko Turcji (nr 33401/02), § 183; z dnia 20 czerwca 2006 r. w sprawie Zarb Adami przeciwko Malcie (nr 17209/02), § 80. Zobacz podobnie *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Rada Europy, Europejski Trybunał Praw Człowieka, 2011, s. 32, w tym odesłania do ETPC.

83. W związku z tym skłaniam się ku przyjęciu, że punktem odniesienia przy porównaniu może być również grupa osób niepełnosprawnych.

84. W niniejszej sprawie uważam zatem, że został spełniony warunek porównywalnego charakteru sytuacji [30], co jest konieczne do stwierdzenia naruszenia zakazu dyskryminacji: jak stwierdzono powyżej, część pracowników niepełnosprawnych (tych, którzy nie otrzymali żadnego dodatku do wynagrodzenia) została potraktowana w sposób mniej korzystny niż inni pracownicy niepełnosprawni, mimo iż wszystkie osoby niepełnosprawne znajdowały się w porównywalnej sytuacji, gdyż wszystkie z nich przyczyniły się w równym stopniu, poprzez przedłożenie swojego orzeczenia o niepełnosprawności, do uzyskania oszczędności finansowej, do jakiej dążył szpital.

85. Proponowana wykładnia nie ma zatem na celu ochrony danej grupy tylko ze względu na fakt, że znajduje się ona w sytuacji chronionej na mocy art. 1 dyrektywy 2000/78, lecz ma na celu zapobieżenie temu, by dwie jednorodne grupy, które mają tę samą cechę chronioną, były traktowane w sposób nierówny ze względu na sytuację, która jest nierozerwalnie związana z cechą chronioną, nawet jeśli ten związek nie wynika z niej przyczynowo.

86. Wykładnia proponowana w niniejszej sprawie i możliwość jej powiązania z dyskryminacją pośrednią wymaga jednak dokonania oceny, w odróżnieniu od przypadku dyskryminacji bezpośredniej, powodów uzasadniających (ogólnego i szczególnego), o których mowa w art. 2 ust. 2 lit. b) ppkt (i) i (ii).

87. Przewidziane w ppkt (ii) uzasadnienie, właściwe w przypadku niepełnosprawności, należy wykluczyć w niniejszej sprawie, ponieważ, jak wynika z akt sprawy, pracodawca nie jest zobowiązany przez przepisy krajowe do podjęcia „racjonalnych usprawnień" (w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2000/78) „w celu zlikwidowania niedogodności spowodowanych tym przepisem, kryterium lub praktyką".

88. W odniesieniu do ogólnego uzasadnienia, o którym mowa w ppkt (i), aby uzasadnić różnicę w traktowaniu, należałoby zasadniczo wykazać, że dany przepis lub dana praktyka zmierzają do osiągnięcia zgodnego z prawem [uzasadnionego] celu i że środki wybrane do osiągnięcia tego celu (to znaczy działanie, które spowodowało różnicę w traktowaniu) są właściwe i konieczne do jego osiągnięcia.

89. W celu ustalenia, czy różnica w traktowaniu jest właściwa, sąd odsyłający powinien zatem zbadać, czy nie istnieją inne środki umożliwiające osiągnięcie zamierzonego celu, które w mniejszym stopniu naruszałyby prawo do równego traktowania. Innymi słowy, sąd odsyłający powinien zbadać, czy niekorzystne traktowanie stanowi minimalny poziom szkody konieczny do osiągnięcia wspomnianego celu, a zamierzony cel jest wystarczająco istotny, aby uzasadnić ów poziom.

IV. Wnioski

90. W świetle powyższych uwag proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytanie prejudycjalne zadane przez Sąd Okręgowy w Krakowie (Polska) w następujący sposób:

Artykuł 2 dyrektywy 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy należy interpretować w ten sposób, że różnicowanie sytuacji w ramach grupy wyróżnionej z uwagi na cechę chronioną (niepełnosprawność)

30 Co się tyczy warunku porównywalnego charakteru sytuacji w celu stwierdzenia naruszenia zasady równego traktowania, Trybunał wielokrotnie orzekał, że należy dokonywać jego oceny w świetle wszystkich okoliczności charakteryzujących te sytuacje, zob. wyroki: z dnia 9 marca 2017 r., Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, pkt 56); z dnia 16 grudnia 2008 r., Arcelor Atlantique et Lorraine i in. (C-127/07, EU:C:2008:728, pkt 25); z dnia 1 października 2015 r., O (C-432/14, EU:C:2015:643, pkt 31).

może stanowić naruszenie zasady równego traktowania, w postaci dyskryminacji pośredniej, jeżeli spełnione są następujące przesłanki: a) dokonane przez pracodawcę zróżnicowanie w ramach grupy następuje w oparciu o pozornie neutralne kryterium; b) kryterium to, choć pozornie neutralne, jest nierozerwalnie związane z cechą chronioną (w niniejszym przypadku, z niepełnosprawnością); c) kryterium to nie może być obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem [zasługującym na ochronę] celem, a środki podjęte do osiągnięcia tego celu nie są właściwe i konieczne.