

# Paweł Czarnecki

---

## Dane statystyczne jako środek dowodowy w sprawach na tle dyskryminacji pośredniej w zatrudnieniu

---

Zeszyty Prawnicze 9/1, 219-231

---

2009

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

PAWEŁ CZARNECKI

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

## DANE STATYSTYCZNE JAKO ŚRODEK DOWODOWY W SPRAWACH NA TLE DYSKRYMINACJI POŚREDNIEJ W ZATRUDNIENIU

### 1. WSTĘP

W dotychczasowej praktyce orzeczniczej polskich sądów pracy dane statystyczne nie były wykorzystywane jako typowy środek dowodowy. Może to ulec zmianie w związku z wprowadzeniem do kodeksu pracy zakazu dyskryminacji pośredniej w zatrudnieniu. Dane statystyczne pozwalają bowiem wykazać niekorzystny wpływ niektórych, stosowanych przez pracodawców z pozoru neutralnych postanowień, kryteriów bądź praktyk na sytuację określonych kategorii pracowników. Ponadto, możliwość wykorzystania danych statystycznych w sprawach na tle dyskryminacji pośredniej wyraźnie przewidują dyrektywy Wspólnoty Europejskiej.

### 2. DANE STATYSTYCZNE JAKO ŚRODEK DOWODOWY

Dane statystyczne to informacje dotyczące określonego przedmiotu badań, w odniesieniu do rozpatrywanych cech (zmiennych)<sup>1</sup>, przedstawione w formie wielkości numerycznych (dane ilościowe), albo

---

<sup>1</sup> Por. hasło *dane statystyczne*, [w:] *Wielka Encyklopedia PWN*, red. J. WOJNOWSKI, VI, Warszawa 2001

w formie danych odzwierciedlających cechy jakościowe. Stosownie do ich walorów poznawczych, dane statystyczne mogą być wykorzystywane w postępowaniu sądowym jako środek dowodowy, mogą bowiem być przydatne w celu wykazywania prawdziwości twierdzeń istotnych dla rozstrzygnięcia niektórych spraw<sup>2</sup>. Za dopuszczalnością wykorzystania danych statystycznych przemawia obecna w polskim prawie procesowym zasada swobodnej oceny dowodów<sup>3</sup>. Polski ustawodawca co do zasady nie ogranicza sądu w doborze źródeł, na podstawie których można uzyskać wiedzę o faktach istotnych dla sprawy, nie ustala też hierarchii ich wiarygodności<sup>4</sup>. Należy jednak zaznaczyć, że statystyka jest działem metodologii naukowej<sup>5</sup> zastrzeżonym dla specyficznego rodzaju obiektów badawczych – odpowiednio licznych zbiorowości, masowych procesów i zjawisk<sup>6</sup>, a wiarygodność danych statystycznych, tudzież statystycznego wnioskowania, warunkowana jest metodologiczną poprawnością procesu ich zbierania i obróbki<sup>7</sup>.

Ogólnie biorąc dane statystyczne pojawiają się w postępowaniu dowodowym wtedy, gdy przedmiotem dowodu są okoliczności o charakterze ogólnym, generalnym, odznaczające się dużą skalą. Za przykład mogą służyć niektóre sprawy rozstrzygane przez Trybunał Konstytucyjny, w szczególności te, w ramach których Trybunał ocenia, czy określona regulacja, ograniczająca prawa i wolności obywateli, nie wykracza poza to, co jest konieczne i proporcjonalne do osiągnię-

---

<sup>2</sup> Por. hasło *środki dowodowe*, [w:] *Encyklopedia prawa*, red. U. KALINA-PRASZNIC, Warszawa 2004.

<sup>3</sup> Por. art. 233 § 1, a także art. 473 § 1 k.p.c.

<sup>4</sup> W kwestii wyjątków od zasady swobodnej oceny dowodów por. np. J. JODŁOWSKI, Z. RESICH, J. LAPIERRE, T. MISIUK-JODŁOWSKA, *Postępowanie cywilne*<sup>2</sup>, Warszawa 2003, s. 366.

<sup>5</sup> Por. G.A. FERGUSON, Y. TAKANE, *Analiza statystyczna w psychologii i pedagogice*, Warszawa 2002, s. 24.

<sup>6</sup> Por. M. SOBZYK *Statystyka*, Warszawa 2004, s. 11.

<sup>7</sup> Wynika to z założenia naukowości procesu badawczego, por. np. CH. FRANKFORT-NACHMIAS, D. NACHMIAS, *Metody badawcze w naukach społecznych*, Poznań 2001, s. 16 i n. oraz A. MALINOWSKI *Statystyka opisowa dla studentów administracji i prawa*, Warszawa 2004, s. 27.

cia jej celu<sup>8</sup>. Dane statystyczne (np. dotyczące inflacji) mogą stanowić dowód przy powoływaniu się na klauzulę *rebus sic stantibus* (art. 357<sup>1</sup> kc) oraz przy stosowaniu bardziej szczegółowych przepisów o podobnym znaczeniu jak np. art. 951 k.p.c.<sup>9</sup>. Użycie danych statystycznych bywa niezbędne w sprawach antymonopolowych<sup>10</sup> oraz niektórych podatkowych<sup>11</sup>. Są one również wykorzystywane przy wycenie szkody w postaci *lucrum cessans* – przykładem może być wykorzystanie średniego wskaźnika rentowności przedsięwzięć w danej branży, w celu określenia korzyści utraconych w związku z niedojściem do skutku inwestycji na skutek np. bezprawnego zachowania organu władzy publicznej<sup>12</sup>. W sprawach z zakresu prawa pracy wykorzystanie danych statystycznych może pojawić się chociażby w sprawach o manko, przy określaniu tzw. ubytków naturalnych<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Por. m.in. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 1999 r. P. 2/98, opubl. «PiP» 56.3 (2001), s. 102, w którym TK uznał, że nagminność samowoli budowlanych uzasadnia zastosowanie przez ustawodawcę drastycznych sankcji z tego tytułu.

<sup>9</sup> Przepis ten stanowi, że „Jeżeli w stanie nieruchomości pomiędzy sporządzeniem opisu i oszacowania a terminem licytacyjnym zajdą istotne zmiany, na wniosek wierzyciela lub dłużnika może nastąpić dodatkowy opis i oszacowanie” i znajduje zastosowanie również w przypadku wzrostu rynkowej wartości nieruchomości.

<sup>10</sup> Por. m.in. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 18 grudnia 1990 r. XVII Amr 7/90 opubl. «Wokanda» 1992 nr 1 s. 38, oraz wyrok Sądu Wojewódzkiego w Warszawie z dnia 1 marca 1993 r. XVII Amr 37/92 opubl. «Wokanda» 1993 nr 8 s. 33.

<sup>11</sup> Por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 22 kwietnia 1999 r. III RN 184/98 «OSNAPiUS» 2000 nr 4 poz. 128; «OSP» 2000 nr 5 poz. 80, oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – Ośrodek Zamiejscowy w Lublinie z dnia 18 kwietnia 1997 r. I SA/Lu 964/96.

<sup>12</sup> Może to budzić wątpliwości z uwagi na inherentną wadliwość wnioskowania indukcyjnego z którym mamy tu do czynienia – w rzeczywistości wnioskowanie o indywidualnych elementach stanu faktycznego konkretnej sprawy (np. wysokości szkody) na podstawie uśrednionych danych generalnych jedynie przypadkowo może prowadzić do trafnych rezultatów. Pewnym usprawiedliwieniem tej praktyki może być treść art. 322 k.p.c.

<sup>13</sup> Ubytkiem naturalnym w gospodarce magazynowej jest strata spowodowana przechowywaniem towaru, jego obrotem lub transportem. Ubytki te mogą dotyczyć wagi, objętości, jakości, wymiaru towaru i są one spowodowane jego wysychaniem,

Przydatność danych statystycznych jako źródła poznania stanu faktycznego sprawy bywa jednak kwestionowana. Przykładowo Sąd Najwyższy wyraził krytyczne stanowisko wobec posługiwania się nimi w celu udowodnienia faktu zakażenia okołoooperacyjnego zwracając uwagę, że przydatność takich danych przy rozstrzygnięciu konkretnej sprawy powinna być zawsze oceniana przez sąd<sup>14</sup>. Bywa też, że przy rozstrzygnięciu niektórych aspektów sprawy, możliwość odwołania się do danych statystycznych jest wyraźnie wyłączona – w uzasadnieniu wyroku w sprawie WA 50/2002 z dnia 20 września 2002 r. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że nagminność przestępstwa nie może wpływać na ocenę jego społecznej szkodliwości<sup>15</sup>.

Przechodząc na grunt prawa pracy, należy opowiedzieć się za możliwością wykorzystywania danych statystycznych przy dowodzeniu dyskryminacji pośredniej w zatrudnieniu. Możliwość taka wynika z jednej strony z istoty tego rodzaju dyskryminacji<sup>16</sup>, która ma charakter strukturalny i wiąże się ze szczególnie niekorzystnym położeniem na rynku pracy grup pracowników wyodrębnionych według określonych kryteriów, z drugiej zaś za wykorzystywaniem danych statystycznych przemawiają zapisy zawarte w motywach wspólnotowych dyrektyw

---

topieniem się, rozmrażaniem, wietrzeniem, wyciekaniem, rozdrabnianiem, rozważaniem, rozlewaniem i innymi okolicznościami powodującymi ich zmianę ilościową i jakościową, patrz. Wyrok Sadu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 stycznia 1991 r. III APr 2/91, «OSAiSN» 1991 nr 2, poz. 4 s. 38.

<sup>14</sup> Por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 22 września 2005 r. I ACa 197/2005, «OSA» 2006 nr 5, poz. 16 s. 48 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2005 r. I ACa 8/2005.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Wojskowa, z dnia 20 września 2002 r., WA 50/2002, «Biuletyn Sądu Najwyższego» 2003 nr 2 s. 22.

<sup>16</sup> Por. szerzej na ten temat [w:] *Comparative Study on the collection of data to measure the extent and impact of discrimination within the United States, Canada, Australia, Great-Britain and the Netherlands Medis Project (Measurement of Discriminations)*, red. PATRICK SIMON, raport przygotowany dla Komisji Europejskiej w 2004 r., s. 27 i n. Raport dostępny jest na stronie [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/pubst/compstud04\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04_en.pdf)

antydiskryminacyjnych. Motyw 15) dyrektywy 2000/78/WE<sup>17</sup>, motyw 15) dyrektywy 2000/43/WE<sup>18</sup> oraz motyw 10) dyrektywy 2002/73/WE<sup>19</sup> mają niemal identyczne brzmienie i stanowią, że „Ocena faktów, które nasuwają przypuszczenie istnienia bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji należy do sądu krajowego lub innego właściwego organu, zgodnie z zasadami prawa krajowego lub praktyką krajową. Zasady te mogą przewidywać w szczególności, że fakt występowania dyskryminacji pośredniej można udowodnić z wykorzystaniem wszelkich środków, również na podstawie danych statystycznych”.

### 3. WYKORZYSTANIE DANYCH STATYSTYCZNYCH W SPRAWACH NA TLE DISKRYMINACJI POŚREDNIEJ

Polska definicja dyskryminacji pośredniej zawarta jest w art. 18<sup>3a</sup> § 4 k.p. Przepis ten w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 21 listopada 2008r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy<sup>20</sup> stanowi, że: „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 uzasad-

---

<sup>17</sup> Dyrektywa Rady z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (2000/78/WE)

<sup>18</sup> Dyrektywa Rady z dnia 29 czerwca 2000 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania osób bez względu na rasę lub pochodzenie etniczne (2000/43/WE),

<sup>19</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. zmieniająca dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (2002/73/WE).

<sup>20</sup> Dz.U. z 2008 r. Nr 223, poz. 1460.

nione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne”.

Zgodnie z przytoczoną definicją aby dowieść, że doszło do dyskryminacji pośredniej należy wykazać, że stosowane przez pracodawcę pozornie neutralne postanowienie, kryterium lub podejmowane przez niego działanie powoduje lub może powodować niekorzystne skutki wobec osób wyróżnionych ze względu na cechy dyskryminacyjne. Jeżeli zostanie dowiedzione, że u danego pracodawcy osoby odznaczające się daną cechą dyskryminacyjną znajdują się w sytuacji gorszej niż inne osoby, lub że potencjalnie mogą znaleźć się w gorszej sytuacji oraz, że przyczyną tego stanu rzeczy jest stosowanie przez pracodawcę określonego, pozornie neutralnego<sup>21</sup> postanowienia, kryterium bądź podejmowanego przez niego działania, pracodawca zostaje obciążony dowodem na okoliczność, że stosowane przez niego postanowienie, kryterium czy praktyka znajduje obiektywne uzasadnienie. Upraszczając pracodawca będzie musiał dowieść, że osoby, które zastosowane kryterium, postanowienie lub praktyka zdaje się faworyzować, są równocześnie lepszymi pracownikami<sup>22</sup>.

W celu wykazania, że osoby wyróżnione ze względu na daną cechę dyskryminacyjną znajdują się u danego pracodawcy w sytuacji gorszej niż inne osoby, niezbędne jest zbadanie jego struktury zatrudnienia (lub odpowiednio wynagradzania, awansowania, wypowiedzania umów o pracę itp.) w odniesieniu do tej cechy.

---

<sup>21</sup> Definicja dyskryminacji pośredniej wyraźnie stanowi, że *kryterium postanowienie lub praktyka* jest jedynie pozornie neutralne. Należy rozumieć to w ten sposób, że chociaż nie odnosi się ono bezpośrednio do cechy dyskryminacyjnej i pozornie ma związek przede wszystkim z jakością lub ilością pracy wykonywanej na danym stanowisku, jego zastosowanie stawia w niekorzystnym położeniu osoby odznaczające się określoną cechą dyskryminacyjną.

<sup>22</sup> W praktyce amerykańskiej przyjmuje się, że dodatkowym warunkiem powinien być brak alternatywnych sposobów, które pozwalają równie dobrze wyselekcjonować sprawnych zawodowo kandydatów, nie powodując przy tym niekorzystnych skutków dla chronionej kategorii osób. Por. B.W. WOLKINSON, R.N. BLOCK, *Employment Law. The Workplace Rights of Employees and Employers*, Massachusetts 2001, s. 30 i 39.

Przykładowo w sprawie *Danfoss*<sup>23</sup>, w której orzekał Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, stan faktyczny wyglądał następująco. Pracodawca zatrudniał zarówno kobiety, jak i mężczyzn. Pracownicy byli zaklasyfikowani do różnych kategorii zaszeregowania. Pracownicy należący do poszczególnych kategorii otrzymywali jednakowe wynagrodzenie zasadnicze, oprócz którego pracodawca wypłacał im dodatki do wynagrodzenia. Sposób przyznawania dodatków był nieprzejrzysty, pracownicy nie byli w stanie ustalić z jakiego powodu otrzymali dodatek w określonej wysokości. Przy tym, jak ustalono, w związku ze zróżnicowaniem wysokości dodatków średnie wynagrodzenie kobiet było o 6,85% niższe od wynagrodzenia mężczyzn. Trybunał stwierdził, że w takim wypadku pracodawca powinien dowieść, że sposób wynagradzania pracowników nie jest dyskryminujący. Sąd, który wystąpił w tej sprawie z pytaniami prejudycjalnymi zapytał m.in. czy pracodawca może stosować takie kryteria jak mobilność/elastyczność, liczba odbytych szkoleń czy staż pracy, jeżeli analiza statystyczna pozwala stwierdzić, że stosowanie tych kryteriów skutkuje tym, że kobiety zarabiają średnio mniej niż mężczyźni. Trybunał odpowiedział, że stosowanie kryterium stażu pracy, który łączy się bezpośrednio z doświadczeniem pracownika, jest co do zasady zawsze usprawiedliwione, mimo że jego stosowanie może skutkować niższym średnim wynagrodzeniem otrzymywanym przez kobiety. Taki efekt wskazanego kryterium wynika stąd, że kobiety częściej niż mężczyźni przerywają karierę zawodową, poświęcając się przejściowo obowiązkom związanym z wychowywaniem dzieci. W odmienny sposób Trybunał ustosunkował się do stosowania kryterium mobilności/elastyczności oraz odbytych szkoleń, stwierdzając, że w przypadku, gdy ich zastosowanie dotyka w większym stopniu kobiety niż mężczyzn, pracodawca musi dowieść, że kryteria te rzeczywiście odzwierciedlają jakość pracy pracownika zatrudnionego na konkretnym

---

<sup>23</sup> Wyrok Trybunału z 17 października 1989 r., *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, sprawa C- 109/88.



stanowisku. W przeciwnym razie należałoby przyjąć, że doszło do dyskryminacji pośredniej.

W przytoczonym orzeczeniu Trybunał oparł się na bardzo prostych, podstawowych danych statystycznych (porównanie średniej płacy kobiet i mężczyzn). Nie należy jednak wykluczyć bardziej szczegółowej analizy struktury zatrudnienia z użyciem bardziej skomplikowanych narzędzi statystycznych. Przykładowo, na gruncie praktyki amerykańskiej obecna jest analiza z wykorzystaniem odchylenia standardowego. Odchylenie standardowe to wartość, która może zostać użyta do określenia tzw. przedziałów ufności wyznaczających tzw. rozkład normalny<sup>24</sup>. Przykładowo jeżeli założymy, że pracodawca zatrudnia tyle samo, jednakowo wykwalifikowanych kobiet i mężczyzn, i ustalimy, że w ostatnim okresie awansowanych zostało stu pracowników, spośród których jedynie trzydzieści pięć stanowiły kobiety, to wykorzystując analizę opartą na odchyleniu standardowym, możemy ustalić, że prawdopodobieństwo, iż powyższy wynik był dziełem przypadku, wynosi mniej niż 1%<sup>25</sup>.

Zgodnie z treścią art. 18<sup>3a</sup> § 4 k.p. analiza struktury zatrudnienia u konkretnego pracodawcy nie zawsze jest konieczna. Niekiedy w celu udowodnienia dyskryminacji pośredniej wystarczające będzie wykazanie, że określone postanowienie, kryterium bądź stosowana przez pracodawcę praktyka **może** stawać w niekorzystnej sytuacji chronionych pracowników. Dopuszczając tę możliwość polski ustawodawca uwzględnił ewolucję wspólnotowej definicji dyskryminacji pośredniej, która nastąpiła wraz z przyjmowaniem kolejnych dyrektyw antidyskryminacyjnych. Otóż, kolejne dyrektywy dotyczące zasady równego traktowania w zatrudnieniu, w szczególności dyrektywa 2000/43/WE, dyrektywa 2000/78/WE, dyrektywa 2002/73/WE oraz dyrektywa 2006/54/WE<sup>26</sup> definiują dyskryminację pośrednią inaczej niż wcześ-

---

<sup>24</sup> Por. np. A. Malinowski *Statystyka opisowa dla studentów administracji i prawa*, Warszawa 2004, s. 70-71 oraz M. Sobczyk *Statystyka*, Warszawa 2004, str. 54-55.

<sup>25</sup> Por. B.W. WOLKINSON, R.N. BLOCK, *op. cit.*, s. 34.

<sup>26</sup> Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania

niejsza od nich dyrektywa 97/80/WE<sup>27</sup>. Zgodnie z aktualnymi standardami wspólnotowymi wymaganie faktycznego narażenia na szkodę przedstawicieli określonej chronionej kategorii pracowników obecne na gruncie dyrektywy 97/80/WE, zostało zastąpione zakazem stosowania postanowień, kryteriów bądź praktyk, które potencjalnie **mogą** stawiać te osoby w mniej korzystnej sytuacji, w porównaniu do innych osób<sup>28</sup>. Ewolucję definicji dyskryminacji pośredniej należy wiązać z ogólnym zwiększeniem standardu ochrony przed dyskryminacją<sup>29</sup> jak również z rozszerzeniem, po wejściu w życie Traktatu Amsterdamskiego, katalogu podstaw dyskryminacji. Oprócz wcześniej istniejącej ochrony przed dyskryminacją ze względu na płeć (art. 141 TWE) i przynależność państwową (swobodny przepływ pracowników), na gruncie prawa wspólnotowego pojawił się wysoki standard ochrony przed dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną a także rasę oraz pochodzenie etniczne<sup>30</sup>. Trudno nie zauważyć, że dane dotyczące tych cech mogą należeć do tzw. danych wrażliwych, których zbieranie i przetwarzanie bez wyraźnego pozwolenia ustawy jest niedopuszczalne. W takiej sytuacji nie będzie można poznać rzeczywistej struktury zatrudnienia u konkretnego pracodawcy według takich cech jak orientacja seksualna, pochodzenie etniczne, czy religia, w związku z czym struktura zatrudnienia w odniesieniu do tych cech nie będzie mogła być przedmiotem dowodu (tj. niemożliwe będzie sprawdzenie, czy „dysproporcje” na niekorzyść określonej grupy faktycznie występują).

---

kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana).

<sup>27</sup> Dyrektywy Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć (97/80/WE),

<sup>28</sup> Por. O. DE SCHUTTER, *Proving discrimination*, s. 2, referat na seminarium „*Fight against Discrimination: the Race and the Framework Employment Directive*,” Trewir, 31 marca – 1 kwietnia 2003 r., dostępny na stronie: [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_1095\\_3057\\_file\\_en.4441.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_1095_3057_file_en.4441.pdf)

<sup>29</sup> Równoległe ze zmianą ujęcia dyskryminacji pośredniej, ustawodawca unijny wprowadził legalną definicję dyskryminacji bezpośredniej, w której wyraźnie dopuścił możliwość odwołania się do hipotetycznego wzorca porównawczego.

<sup>30</sup> Por. art. 13 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

W takich przypadkach, w celu wykazania dyskryminacji pośredniej przydatne mogą okazać się dane statystyczne dotyczące ogółu społeczeństwa. Pozwalają one ustalić, czy określone, stosowane przed pracodawcą postanowienie, kryterium lub praktyka jest bardziej selektywne w stosunku do osób odznaczających się określoną cechą niż w stosunku do innych osób. Przykładowo, w Stanach Zjednoczonych ustalono, że wymaganie, by strażnicy więzienni mieli co najmniej 158,5 cm wzrostu, *a limine* wyklucza możliwość zatrudnienia 32% kobiet w wieku od 18 do 79 lat, podczas gdy wymaganie to powoduje ten sam skutek w stosunku do zaledwie 1,28% mężczyzn<sup>31</sup>. Wymaganie określonego wzrostu może skutkować pośrednią dyskryminacją także ze względu na inne podstawy dyskryminacji (np. pochodzenie rasowe). Analogiczne analizy można przeprowadzić w stosunku do takich wymagań jak posiadanie prawa jazdy (niepełnosprawni), czy biegłego posługiwania się miejscowym językiem (narodowość) itp. Podobnie jak w sytuacji, w której przedmiotem jest analiza struktury zatrudnienia u konkretnego pracodawcy, tutaj także pracodawca chcąc uwolnić się od zarzutu dyskryminacji będzie musiał usprawiedliwić posługiwanie się danym z pozoru neutralnym postanowieniem, kryterium bądź praktyką.

Należy podkreślić, że dane statystyczne zawsze wymagają oceny pod względem ich wiarygodności oraz przydatności na gruncie konkretnego stanu faktycznego. Dużą rolę odgrywała będzie tu zasada swobodnej oceny dowodów. Podkreślają to cytowane na wstępie motywy dyrektyw antidyskryminacyjnych; zwrócił na to również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości. W orzeczeniu *Enderby*<sup>32</sup> dotyczącym zasady równej płacy za równą pracę lub za pracę o równej wartości Trybunał stwierdził, że aby danym statystycznym przysługiwał walor dowodu, powinny one dotyczyć wystarczająco dużej grupy osób, nie powinny odzwierciedlać zjawisk przypadkowych ani krótkoterminowych i ogólnie powinny wydawać się znaczące. Uznanie sądu

---

<sup>31</sup> Por. sprawa *Dothard v. Rawlinson*, 15 FEP 10, 433 US 321 (1977), za B.W. WOLKINSON, R.N. BLOCK, *op. cit.*, s. 31.

<sup>32</sup> Wyrok Trybunału z 27 października 1993r. Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, sprawa C-127/92.

będzie też decydowało o tym jak daleko idące zróżnicowanie sytuacji pracowników chronionych będzie skutkowało przrzućeniem ciężaru dowodu na pracodawcę i aktualizowaniem się jego obowiązku uzasadnienia stosowania danego kryterium postanowienia lub praktyki<sup>33</sup>.

Wspomnieć warto, że powoływanie danych statystycznych w celu udowodnienia potencjalnie dyskryminacyjnego charakteru kryterium, postanowienia czy podejmowanego działania nie zawsze będzie konieczne. Niekiedy wystarczające będzie wykazanie, że pozornie neutralne postanowienie, kryterium lub praktyka, która chociaż nie odnosi się bezpośrednio do cech pracownika, ze swojej istoty jest dyskryminująca. Twierdzenie to znajduje uzasadnienie w orzecznictwie ETS w sprawach na tle swobodnego przepływu pracowników, związanych z dyskryminacją ze względu na przynależność państwową. Trybunał stoi bowiem na stanowisku, że pośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową nie trzeba dowodzić przez analizę danych statystycznych, wystarczy dowieść, że stosowane kryterium (np. przewidziane w prawie państwa członkowskiego), w związku ze swoją istotą może utrudniać obcokrajowcom korzystanie z ich praw zagwarantowanych w prawie wspólnotowym<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Przykładowo, kolejny raz przywołując doświadczenia amerykańskie, zgodnie z wytycznymi amerykańskiej *Equal Employment Opportunity Commission* jeżeli po zastosowaniu określonego kryterium proporcja wyeliminowanych osób odznaczających się daną cechą chronioną jest o 20% większa niż osób nie mających tej cechy, to takie kryterium powinno być merytorycznie usprawiedliwione. W przeciwnym razie mamy do czynienia z pośrednią dyskryminacją (tzw. reguła czterech piątych, por. B.W. WOLKINSON, R.N. BLOCK, *op. cit.*, s. 33, por. też O. DE SCHUTTER *op. cit.*, s. 3.

<sup>34</sup> Por. np. wyrok Trybunału z 23 maja 1996. – John O’Flynn v Adjudication Officer, sprawa C-237/94, Trybunał zakwestionował w tym wyroku stosowanie wymagania, by pogrzeb odbył się na terenie Wielkiej Brytanii, jako warunku ubiegania się o zasiłek pogrzebowy. Kryterium nie było uzasadnione żadnymi racjonalnymi powodami, podczas gdy znacząco utrudniało ubieganie się o zasiłek rodzinom migrujących pracowników, które chciały pochować bliskiego w ojczystym kraju.

#### 4. DOSTĘP DO DANYCH STATYSTYCZNYCH

Warunkiem wstępnym wykorzystania danych statystycznych jest ich dostępność. Niestety, w polskiej praktyce pracownik nie może liczyć na dostęp do aktualnych danych dotyczących struktury zatrudnienia, czy też danych dotyczących udziału poszczególnych grup w procesie rekrutacyjnym. Należy w związku z tym uznać, że w przypadku wszczęcia postępowania sądowego, sąd, działając na wniosek pracownika zgłoszony np. w pozwie (art. 187 § 2 pkt 3 k.p.c.) lub nawet z urzędu w ramach czynności wyjaśniających<sup>35</sup>, powinien zobowiązać pracodawcę (względnie podmiot trzeci np. prowadzący postępowanie rekrutacyjne), do przedstawienia takich informacji.

W tym aspekcie, szczególnie jeżeli chodzi o dyskryminację ze względu na płeć, dużo bardziej korzystne dla pracowników wydaje się rozwiązanie zapewniające im dostęp do informacji na temat struktury zatrudnienia także przed wniesieniem sprawy do sądu. Z takiego założenia wychodzi ustawodawca wspólnotowy; art. 21 ust. 3 i 4 dyrektywy 2006/54/WE stanowi bowiem, że „Państwa Członkowskie, zgodnie z prawem krajowym, układami zbiorowymi lub praktyką, zachęcają pracodawców do promowania równego traktowania kobiet i mężczyzn w planowy i systematyczny sposób w miejscu pracy, w zakresie dostępu do zatrudnienia, szkolenia zawodowego i awansu zawodowego. W tym celu pracodawcy są wspierani w zapewnianiu pracownikom lub ich przedstawicielom, w odpowiednio regularnych odstępach czasu, właściwych informacji dotyczących równego traktowania kobiet i mężczyzn w przedsiębiorstwie”.

Jawność i polityka stałego monitoringu struktury zatrudnienia, może działać prewencyjnie, zmniejszając prawdopodobieństwo wystąpienia dyskryminacji pośredniej<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Por. art. 468 § 2 pkt 3) k.p.c.

<sup>36</sup> Pojawiający się w tym kontekście problem konfliktu między prawem do prywatności a zapobieganiem dyskryminacji, wykracza poza zakres niniejszego opracowania. W tym zakresie por. np. L. THÉVENOT, *Droit et bonnes pratiques statistiques en matière de discrimination. Jalons historiques d'un questionnement sur*

## 5. UWAGI KOŃCOWE

Podsumowując należy stwierdzić, że dane statystyczne dotyczące struktury zatrudnienia u danego pracodawcy mogą być przydatne w dowodzeniu, że stosowane przez niego postanowienie, kryterium lub praktyka stawia w niekorzystnej sytuacji niektóre kategorie pracowników. W podobny sposób mogą być też wykorzystane dane dotyczące ogółu osób uczestniczących w rynku pracy w odniesieniu do konkretnego stosowanego przez pracodawcę postanowienia, kryterium lub praktyki w celu ustalenia jej potencjalnej selektywności. Należy też postulować zwiększenie dostępu pracowników do danych o strukturze zatrudnienia u pracodawcy w celu prewencyjnego zapobiegania dyskryminacji pośredniej.

### STATISTICAL DATA AS A MEANS OF PROVING IN CASES BASED ON INDIRECT DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT

#### Summary

The article concerns the issue of using statistical data to prove indirect discrimination in employment. The author analyzes admissibility of such proof and explains conditions that have to be met to set up a case based on statistical data. Particularly, the statistics should cover enough individuals, should not illustrate purely fortuitous or short-term phenomena, and should appear to be significant. The article ends with a suggestion that employees should have better access to statistical data on the structure of the workforce at their workplace. It is because the mere availability of such data would have protective effect.