

Warszawa, dnia 06 listopada 2013 roku

OPINIA PRAWNA

sporządzona przez: **prof. UW, dra hab. Roberta Grzeszczaka**, Uniwersytet Warszawski

sporządzona dla: **Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego**

Treść opinii:

- I. Przedmiot opinii
 - II. Konkluzja opinii
 - III. **Uzasadnienie merytoryczne opinii**
 - **Dyrektywy jako źródło prawa**
 - a. Główne założenia procesu implementacji dyrektyw unijnych
 - b. Harmonizacja prawa
 - **Zasada niedyskryminacji (równego traktowania) w prawie UE – zarys problematyki**
 - c. Podstawy prawne unijnego prawa antydyskryminacyjnego
 - d. Cechy chronione (przesłanki) – czy katalog zamknięty?
 - e. Skuteczność prawa antydyskryminacyjnego
 - f. Implementacja dyrektyw UE w państwach członkowskich
 - **Wnioski końcowe**
-

I. Przedmiot opinii

Opinia przygotowana została w zakresie **oceny zasad procesu implementacji dyrektyw Unii Europejskiej, ze szczególnym uwzględnieniem unijnego prawa antydyskryminacyjnego**, m.in. w świetle poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, tzw. ustawa antydyskryminacyjna: ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. (Dz.U. nr 254, poz. 1700).

Podstawowym przedmiotem opinii jest odpowiedź na pytanie czy wyjście przez krajowego ustawodawcę poza minimum standardów (celów) wyznaczonych przez unijne dyrektywy równościowe (dyrektywy antidyskryminacyjne, tj. zwłaszcza 2000/43/WE, 2000/78/WE, 2004/113/WE, 2006/54/WE) jest dopuszczalne w świetle zasad procesu implementacji prawa Unii Europejskiej.

W związku z tak postawionym pytaniem, dla przedstawienia pełnego obrazu problemu, nieco bliższego przedstawienia wymaga charakter prawny instrumentu harmonizującego jakim jest dyrektywa unijna, zasad procesu implementacji dyrektyw i sposobu integracji przez harmonizację (minimalną, zastosowaną w dyrektywach równościowych).

II. Konkluzja opinii

Wyjście przez polskiego ustawodawcę ponad standardy minimalne wyznaczone w dyrektywach równościowych nie stoi w sprzeczności z zasadami implementacji dyrektyw, w których przyjęto zasadę harmonizacji minimalnej. Zważywszy, że w dyrektywach równościowych prawodawca unijny przyjął, że *"Państwa Członkowskie mogą przyjmować lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne w celu ochrony zasady równego traktowania od przepisów ustanowionych w niniejszej dyrektywie* (np. art. 8 ust. 2 Dyrektywy 2000/78/WE, p. 25 preambuły i art. 6 dyrektywy 2000/43 WE; art. 7 dyrektywy 2004/113/WE; art. 27 dyrektywy 2006/54/WE), postępowanie takie jest więc dopuszczalne i pożyteczne. **Regulacje dyrektyw mają bowiem charakter minimalny.** Poszczególne państwa członkowskie mogą ustanawiać środki idące dalej w kierunku ochrony praw jednostek i zapewnienia im równego traktowania z innymi, niż środki przewidziane w dyrektywach. Jak pokazuje dotychczasowa praktyka implementacyjna wiele państw członkowskich wprowadziło już dalej idące standardy chroniące przed dyskryminacją i rozszerzyło katalog cech chronionych¹.

¹ Szczegółowo o zakresie implementacji: *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*, 2012, dostępne na http://www.migpolgroup.com/wp_mpg/wp-content/uploads/2013/07/Developing-Anti-Discrimination-Law-in-Europe-2012-EN-.pdf, zwłaszcza s. 133.

III. Uzasadnienie

➤ DYREKTYWY JAKO ŹRÓDŁO PRAWA

1. **Dyrektywa jest swoistym i charakterystycznym dla UE źródłem prawa i oddaje najpełniej naturę Unii: „zjednoczeni w różnorodności”.** Dyrektywy są prawem pochodne UE i znajdują swoje umocowanie w art. 288 TFUE, który stanowi, że *„W celu wykonania kompetencji Unii instytucje przyjmują rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie. (...). Dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. (...)”*.
2. Wybór dyrektywy jako środka regulacji prawnej pozwala wziąć pod uwagę różnorodność rozwiązań krajowych i pogodzić ją z celem unijnym. Dyrektywy mają **konkretnego adresata - są to państwa członkowskie, a w przypadku przedmiotowych dyrektyw równościowych – są to wszystkie (28) państwa członkowskie UE.** Przepisy dyrektywy zawierają tzw. **klauzulę wzajemnego powiązania**, określającą dokładnie jej adresatów, tj. wszystkie państwa członkowskie albo tylko niektóre z nich. Cel, dyrektyw, który ma być osiągnięty przez państwa poprzez **transpozycję dyrektywy**, bywa często określony bardzo szczegółowo. Dlatego rola państw członkowskich podczas procesu implementacji sprowadza się w takich przypadkach do wiernego przeniesienia zapisów dyrektywy, szczególnie zaś definicji w niej sformułowanych, do krajowych aktów implementujących².
3. Państwo ma obowiązek wdrożenia dyrektywy **w terminie przez nią określonym.** Nie można się domagać implementacji wcześniejszej. Jednak ważne aby pamiętać, iż państwo, **w okresie poprzedzającym termin implementacji państwo jest zobowiązane powstrzymać się od wydawania przepisów, które mogłyby podważyć cele dyrektyw³.** Zatem w okresie prac nad transpozycją dyrektywy państwa członkowskie UE muszą podejmować działania na rzecz osiągnięcia rezultatu określonego w dyrektywie i powstrzymać się od działań, które mogłyby utrudniać transpozycję. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że wszczęcie

² Szerzej zob. R. Grzeszczak, *Źródła prawa Unii Europejskiej* (w:) J. Majchrowski (red.), *Jak wpływać na procesy decyzyjne organów Unii Europejskiej?* Podręcznik dla członków i zastępców członków Komitetu Regionów, program „Dobre prawo – sprawne rządzenie”, Warszawa 2013, s. 101-19, a także Anna Zawadzka-Łojek, *Prawo pochodne Unii Europejskiej*, [w:] Jan Barcz (red.), *Źródła prawa Unii Europejskiej* t. IV, wyd. III, Warszawa 2012, s. 37 i nast.

³Wyrok TSUE z 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 *Adeneler i inni p. ELOG*, Zb.Orz. 2006, s. I-6057.

postępowania o unieważnienie aktu UE nie usprawiedliwia powstrzymania się od jego implementacji⁴.

4. **Obowiązek transpozycji dyrektywy dotyczy wszystkich organów władzy publicznej w państwach członkowskich UE w zakresie ich kompetencji.** Organy te zobowiązane są do podejmowania działań „ogólnego albo szczególnego rodzaju” na rzecz osiągnięcia rezultatu określonego w dyrektywie (zgodnie z zasadą lojalności z art. 4 ust. 3 TUE).
5. **Państwo członkowskie UE może ponieść odpowiedzialność odszkodowawczą za szkody wyrządzone jednostkom w wyniku niewydania aktów prawa krajowego, niezbędnych do osiągnięcia rezultatu określonego w dyrektywie** (tj. nieprawidłową implementację)⁵. O ile jednak odpowiedzialność państwa członkowskiego (przy spełnieniu pewnych dodatkowych założeń) wobec jednostki za szkody spowodowane brakiem lub opóźnioną implementacją (a więc w relacji „**wertykalnej**”) jest niekwestionowana, to wątpliwości wzbudza to, czy podmiot prywatny może powoływać się na postanowienia takich dyrektyw w relacjach z innymi podmiotami prywatnymi (w relacji „**horyzontalnej**”).
6. Skomplikowanym i wciąż budzącym emocje, szczególnie po stronie sądów krajowych i administracji państw członkowskich, pozostaje problem **bezpośredniego skutku dyrektyw**. Zasada bezpośredniej skuteczności dyrektyw została ukształtowana w licznych orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, który uznał, że uprawnienia przyznane jednostkom przez prawo unijne mogą być powoływane przed organami krajowymi bezpośrednio w celu ich wykonania, o ile łącznie spełnione zostaną następujące warunki: przepisy danej dyrektywy są precyzyjne i bezwarunkowe, z norm dyrektywy wynikają prawa jednostek wobec państwa, upłynął termin implementacji dyrektywy przez dane państwo członkowskie, a jej normy nie zostały implementowane albo implementacja jest nieprawidłowa. Jak podkreślał TSUE, w szczególności, tam gdzie organy UE poprzez dyrektywy nakładają na państwa członkowskie obowiązek określonego zachowania, ich skuteczność zostałaby osłabiona, gdyby podmioty indywidualne nie mogły powoływać się na nie przed sądami i gdyby sądy nie mogły brać tych obowiązków pod uwagę jako części prawa

⁴ Wyrok TSUE z 22 marca 2001 r. w sprawie C-261/99 *Komisja p. Republice Francuskiej*, Zb.Orz. 2001, s. I-2537.

⁵ Wyrok TSUE z 25 lipca 1991 r. w sprawach połączonych C-6/90 i C-9/90 *Andrea Francovich i Danila Bonifaci p. Republice Włoskiej*, pkt 39 i 40, Zb.Orz. 1991, s. I-5357.

unijnego⁶. Przy formułowaniu tej zasady TSUE wprowadził jednak tylko obowiązek państw, zatem **bezpośredni skutek dyrektyw funkcjonuje tylko w stosunkach wertykalnych**, tj. między jednostką a państwem. W praktyce jednak rzeczywisty skutek dyrektyw nie jest tak jednoznaczny. Dyrektywy, powoływane w różnych sytuacjach i uwarunkowaniach faktycznych przez podmioty prywatne, modyfikują ich wzajemne relacje, w efekcie wpływają na relacje horyzontalne. Trybunał uznał, że powołanie się przez podmiot prywatny na nieimplementowaną dyrektywę przeciwko państwu jest możliwe, nawet gdy oznacza to „ujemne reperkusje dla praw osób trzecich”⁷.

7. Dodatkowo TSUE sformułował **zasadę skutku pośredniego dyrektyw**. Początkowo zmierzał tym do wzmocnienia ochrony prawnej jednostek wobec braku bezpośredniej skuteczności dyrektyw lub ich nieprawidłowej implementacji przez poszczególne państwa. Zasada skutku pośredniego jest **generalną dyrektywą interpretacyjną**, zgodnie z którą na krajowych organach sądowych i administracyjnych ciąży obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem UE. Co istotne – **zastosowanie tej zasady może doprowadzić do pominięcia normy prawa krajowego podczas sądowego stosowania prawa, jeśli tylko miałyby to zapewnić wykonanie celów dyrektywy**. Sędzia, a także urzędnik państwowy, dokonując proeuropejskiej wykładni prawa, może się poruszać w granicach przyznanej mu swobody decyzyjnej, które statuuje prawo krajowe. Oznacza to, że pozbawiony jest możliwości działania poza granicami określonymi prawem krajowym. Prounijna wykładnia prawa krajowego ma być dokonywana „tak dalece, jak to jest możliwe”, przy czym oczywiście niedopuszczalna jest wykładnia *contra legem*. W sprawie *Marleasing*⁸ Trybunał stwierdził, iż przepisy krajowe, które zostały wydane wcześniej od danej dyrektywy, powinny być interpretowane w świetle tej dyrektywy, mimo iż nie istniała między tymi aktami relacja przyczynowa i wbrew dość powszechnej opinii.
8. **Tym samym wobec braku jakichkolwiek istniejących norm krajowych w danej materii nie ma możliwości wykreowania wprost z dyrektywy przepisów, które miałyby wiązać bezpośrednio jednostkę**. Zastosowanie bowiem takiej wykładni powodowałoby dopuszczenie horyzontalnego skutku dyrektyw. Uzasadniając

⁶ Wyrok TSUE z 4 grudnia 1974 r. w sprawie 41/74 *Ivone van Duyn p. Home Office*, Zb.Orz. 1974, s. 24.

⁷ Wyrok TSUE z 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-201/02 *Wells*, Zb.Orz. 2004, s. I-723.

⁸ Por. orzeczenie TSUE w sprawie *Marleasing p. La Comercial Internacional de Alimentacion*, C-106/89 Zb.Orz. 1990, s. I-4135.

obowiązek prounijnej wykładni prawa krajowego, Trybunał odwołał się do zasady solidarności, zgodnie z którą państwa członkowskie zobowiązane są solidarnie wykonywać zobowiązania wynikające z prawa UE oraz do konieczności zapewnienia skuteczności prawa UE w krajowym porządku prawnym⁹.

A. Główne założenia procesu implementacji dyrektyw unijnych

9. Termin „**implementacja**” oznacza działania związane z zapewnieniem warunków do skutecznego (efektywnego) działania przyjętych norm, co oznacza powiązanie ze stosowaniem i kontrolą przestrzegania prawa i jego egzekwowaniem, a w efekcie lokuje proces implementacji pomiędzy stanowieniem, stosowaniem i kontrolą przestrzegania prawa. Implementacja może być rozważana w trzech płaszczyznach, tj. **instrumentalnej** (jako zespół środków implementacyjnych), **instytucjonalnej** (tj. organów kompetentnych w sferze implementacji) i **normatywnej** (przepisy prawne stanowiące podstawę implementacji)¹⁰. Myślą przewodnią implementacji jest przede wszystkim jej efektywność, która wyznacza zakres koniecznych działań. Implementacja prawa unijnego jest zatem zjawiskiem złożonym i uzależnionym od różnych czynników natury prawnej i politycznej.
10. Z tego względu pojęcie implementacji dyrektywy nie obejmuje jedynie działań *stricte* legislacyjnych, podejmowanych w poszczególnych państwach członkowskich, lecz również inne czynności krajowych organów, mające na celu skuteczne stosowanie norm unijnych zawartych w dyrektywie. A zatem **obowiązek ten dotyczy również organów administracji rządowej i samorządowej**¹¹.
11. **Prawidłowa implementacja to także odpowiednie dostosowanie praktyki administracji – rządowej i samorządowej.** Jednak sama praktyka administracyjna nie może zostać uznana za implementację dyrektyw. Trybunał w szeregu orzeczeń uznał, że taka praktyka administracyjna może być w danym momencie zmieniana¹².

⁹Wyrok TSUE z 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 *Von Colson i Kamann p. Land Nordrhein-Westfalen*, Zb.Orz. 1984, s. 1891.

¹⁰Cezary Mik, *Metodologia implementacji europejskiego prawa wspólnotowego w krajowych porządkach prawnych*, [w:] Cezary Mik (red.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, Toruń 1998, s. 24.

¹¹Jan Barcz, *Wytoczne polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej...*, s. 48.

¹²Zob. wyrok TSUE z 6 maja 1980 r. w sprawie 102/79 *Komisja p. Królestwu Belgii*, Zb.Orz. 1793; zob. Cezary Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. 1, Warszawa 2000, s. 662.

12. Wybór formy aktu implementującego zależny jest od systemu źródeł prawa danego państwa członkowskiego. Owa wolność wyboru form implementowania dyrektywy nie może jednak mieć wpływu na zakres transpozycji ani stanowić ewentualnego usprawiedliwienia zaniedbań. Transpozycja dyrektywy powinna być przeprowadzona w taki sposób, aby uwzględniała kulturę prawną danego państwa członkowskiego. **W Polsce transpozycja dyrektyw powinna być przeprowadzana w drodze ustaw i ewentualnie rozporządzeń.**
13. **Okoliczność, że przepisy dyrektywy nadawałyby się do bezpośredniego stosowania w prawie krajowym, nie zwalnia tych państw z dokonania transpozycji dyrektywy¹³.**

B. Harmonizacja prawa

14. **Zgodnie z charakterem prawnym dyrektyw, jako aktów ramowych, są one stosowane w celu harmonizacji prawa.** Oznacza to, że Unia Europejska wytycza pewne cele (standardy), a szczegóły i wybór środków prawnych do osiągnięcia tych celów pozostawia państwom członkowskim. Tym sposobem może zostać osiągnięte pewne minimum w obszarze ujednoczenia prawa przy jednoczesnym zachowaniu różnic między państwami członkowskimi. Jest to **proces harmonizacji prawa, tj. zbliżania standardów.** Harmonizacja prawa jest jedną z metod służących realizacji celów Unii określonych w art. 3 TUE, a zwłaszcza zapewnieniu ustanowienia rynku wewnętrznego (art. 3 ust. 3 TUE).
15. Co do zasady, harmonizacja polega na zastąpieniu normą unijną wielu zróżnicowanych przepisów krajowych regulujących dany obszar/kwestię (np. prawo antydyskryminacyjne). Osiągana jest za pomocą dyrektyw, których transpozycja do prawa krajowego prowadzi do **zbliżenia porządków prawnych państw członkowskich.** Taka metoda legislacyjna pozwala na osiągnięcie pożądanej konwergencji przepisów krajowych przy jednoczesnym poszanowaniu istniejących odrębności i różnorodności rozwiązań krajowych, wynikających niejednokrotnie z tradycji i wieloletniej praktyki¹⁴. Stopień zbliżenia norm krajowych zależy od tego,

¹³ Wyrok TSUE z 13 września 2001 r. w sprawie C-417/99 *Komisja p. Królestwu Hiszpanii*, pkt 37, Zb.Orz. 2001, s. I-06015.

¹⁴ Za: A. Zawidzka-Łojek, *Zasady prawa materialnego Unii Europejskiej* (w:) A. Zawidzka-Łojek, R. Grzeszczak (red. nauk.), *Prawo materialne Unii Europejskiej. Vademecum*, wyd. 3, Warszawa 2013, s. 4.

jaką metodę harmonizacji zastosowano dla osiągnięcia celów przewidzianych w Traktatach. W praktyce spotykane są trzy podstawowe rodzaje harmonizacji: **wyczerpującą, opcjonalną i minimalną.**

16. **Harmonizacja wyczerpująca** polega na tym, że różnorodne przepisy krajowe regulujące daną kwestię zostają zastąpione jedną normą unijną. Zastosowanie modelu harmonizacji wyczerpującej nie jest częste w praktyce legislacji unijnej. Harmonizacja wyczerpująca może w praktyce zniwelować pozytywne aspekty narodowej różnorodności, prowadząc do nadmiernej regulacji i nieelastyczności.
17. Innym modelem jest **harmonizacja opcjonalna**, stosowana najczęściej w obrocie gospodarczym. Jak sama nazwa wskazuje, w tym modelu harmonizacji pozostawiony jest wybór co do tego, czy zastosować się do zharmonizowanego standardu określonego w dyrektywie.
18. Często stosowaną w prawie UE jest **harmonizacja minimalna**. Pozwala ona na pogodzenie różnorodności rozwiązań krajowych z koniecznością ustalenia jednolitych reguł na poziomie unijnym¹⁵. **W tym modelu harmonizacji instytucje unijne ustanawiają w dyrektywie standard minimalny, przy jednoczesnej możliwości zastosowania przez państwa członkowskie ostrzejszego, dalej idącego, standardu, np. ochronnego.** Jest to rozwiązanie szczególnie korzystne dla państw, które tradycyjnie ustanawiają wysokie standardy np. produkcji, świadczenia usług czy ochrony praw jednostki np. konsumenta. Dyrektywa unijna przyjęta w ramach harmonizacji minimalnej ustala standard, poniżej którego zejść już nie można, przy czym standard ten może być określony na stosunkowo wysokim poziomie. Jak podkreśla A. Zawidzka-Łojek, **zastosowanie harmonizacji minimalnej nie oznacza zjawiska równania do „najniższego wspólnego mianownika”, czyli do najniższego stopnia ochrony przyjętego w państwach członkowskich**¹⁶. W obszarze powyżej minimalnego standardu państwa członkowskie mają możliwość zastosowania wyższych wymagań niż ustalone w dyrektywie.

¹⁵ Szeroko o tym: A. Kunkiel-Kryńska, *Granice swobody implementacyjnej – komentarz do wyroku C-183/00*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008, nr 10, s. 55; B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Kraków 2004, s. 114;

¹⁶ A. Zawidzka-Łojek, *Zasady*, s. 5; por. także A. Zawidzka-Łojek, *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej* Warszawa 2013, s. 18 i n.; Weatherill S., *Why harmonise?*, [w:] *European Union Law for XXI Century. Rethinking the New Legal Order*, vol. 2. *Internal Market and Free Movement Community Policies*, eds T. Tridimas, P. Nebbia, Oxford 2004, s. 16 i n.

➤ **Zasada niedyskryminacji (równego traktowania) w prawie UE – zarys problematyki**

19. Zasada niedyskryminacji jako zasada ogólna prawa unijnego jest różnie rozumiana i różnie przedstawiana w orzecznictwie TSUE, unijnym prawie pochodnym i literaturze przedmiotu. **Zasadzie tej, w znaczeniu formalnym, odpowiada zakaz niekorzystnego traktowania podmiotów wyróżnionych na podstawie pewnej relewantnej cechy charakterystycznej, będącej niedozwolonym kryterium różnicującym**¹⁷.
20. **Definicja dyskryminacji (jest to pojęcie prawa unijnego, autonomiczne wobec definicji krajowych) została sformułowana przez TSUE i w szeregu jego orzeczeń rozwinięta.** Trybunał używa standardowej formuły, że **dyskryminacją jest odmienne traktowanie takich samych podmiotów, znajdujących się w jednakowej sytuacji, bez obiektywnego uzasadnienia**¹⁸. Orzeczenia Trybunału wprowadziły także zróżnicowanie na dyskryminację **jawną i dyskryminację ukrytą**. Dyskryminacja jawna polega na wprowadzeniu do systemu prawnego normy nakazującej jednoznacznie i wyraźnie określonej grupy podmiotów. Konstrukcja dyskryminacji ukrytej (zwanej też niekiedy pośrednią) pojawiła się w orzeczeniu w sprawie *Sotgiu*, w którym Trybunał podkreślił, iż zasady dotyczące niedyskryminacji mają zastosowanie także do zróżnicowania opartego na przesłankach innych niż obywatelstwo, jeżeli skutek ich stosowania jest taki sam jak dyskryminacji ze względu na obywatelstwo (np. *wyrok w spr. C-109/04 Kranemann p. Land Nordrhein-Westfalen*).
21. **Pojęcie dyskryminacji i równego traktowania w systemie prawa UE obejmuje, co do zasady, dwa podejścia – ale skierowane do tej samej zasady.** W zasadzie różnica sprowadza się do tego, że zasada niedyskryminacji ma charakter negatywny (zakazowy), natomiast równego traktowania - pozytywny (nakazowy). Jak podkreśla A. Zawidzka Łojek, zapewnienie ogólnej zasady równości nie powinno ograniczać się do wyeliminowania środków prowadzących do nieusprawiedliwionego nierównego traktowania, czyli dyskryminacji, ale ma oznaczać także podjęcie działań

¹⁷ A. Zawidzka-Łojek, ... s.

¹⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 października 1977 r. w sprawach połączonych 117/76 i 16/77 *Albert Ruckdeschel & Co. I Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. przeciwko Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe*, Zb. Orz. 1977, s. 1753.

afirmatywnych prowadzących do zrównania sytuacji podmiotów traktowanych mniej korzystnie z najlepszym stosowanym standardem. Ponadto ogólnej zasady równości nie definiuje się poprzez określenie niedozwolonych kryteriów różnicujących, co jest z kolei istotą zasady niedyskryminacji. Można więc raczej powiedzieć, że zasada równości i zasada niedyskryminacji są ze sobą funkcjonalnie powiązane, ale nie są tożsame.

22. **Pojęcie dyskryminacji odwrotnej.** W orzecznictwie TS utrwaliła się zasada, że państwo czł. może traktować swoich własnych obywateli lub sytuacje krajowe (tzw. **sprawy czysto wewnętrzne**) gorzej niż obywateli innych państw członkowskich, w stosunku do których ma obowiązek przestrzegania odpowiednich przepisów harmonizacyjnych¹⁹.
23. W związku z przedmiotem opinii szczególnie wyraźnie trzeba podkreślić, że zasady równościowe w dziedzinach, w których systemy prawne zostały **ujednolicone (wydane zostały zatem rozporządzenia)**, nakazują one jednakowe traktowanie wszystkich podmiotów z państw członkowskich **pod każdym względem**. W pewnym zakresie odmiennie funkcjonuje zasada w tych dziedzinach, które zostały jedynie **zharmonizowane** (zatem - na podstawie dyrektyw unijnych), a także tych, w których **działalność gospodarcza prowadzona jest na podstawie przepisów wewnętrznych** państw członkowskich (co oznacza brak harmonizacji – tj. brak regulacji prawa UE). W takich sytuacjach zasada niedyskryminacji jest ściśle powiązana **z zasadą traktowania narodowego** i nakazuje właściwym organom państw członkowskich traktowanie podmiotów pochodzących z innych państw czł. dokładnie w taki sam sposób, jak traktują one własne podmioty (*zasada narodowa*). **W praktyce może to oznaczać zakaz stosowania prawa krajowego niezgodnego z unijnym wymogiem równego traktowania.**

A. Podstawy prawne unijnego prawa antydyskryminacyjnego

24. **Zakaz dyskryminacji w prawie Unii Europejskiej jest jego zasadą ogólną tego prawa, jest zatem częścią prawa pierwotnego UE.** Zasada ta ma charakter pisany, traktatowy. Zasada niedyskryminacji w prawie unijnym znajduje szczegółowy wyraz

¹⁹ W. Czaplinski, Zasada równego traktowania w prawie wspólnotowym, artykuł z 2007-02-19, dostępny na: <http://www.korporacje.com/wordpress/blog/2007/02/19/zasada-rownego-tractowania-w-prawie-wspolnotowym/>

w postanowieniach dotyczących zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 18 TFUE) i szczegółowych zastosowaniach tego zakazu w ramach swobód rynku wewnętrznego, w przepisach dotyczących równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (art. 157 TFUE), oraz w normie kompetencyjnej dotyczącej zwalczania dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (art. 19 TFUE) i dyrektywach równościowych (przyjętych na podstawie tego przepisu), a przede wszystkim w prawie do niedyskryminacyjnego traktowania zawartym w art. 21 Karty praw podstawowych UE oraz prawie do równego traktowania kobiet i mężczyzn z art. 23 KPP. Zasada równości w szerszym znaczeniu znajduje odzwierciedlenie w art. 3 ust. 3 TUE, określającym zwalczanie wykluczenia społecznego i dyskryminacji oraz wspieranie równości kobiet i mężczyzn jako jeden z celów Unii Europejskiej.

25. Zasady ochrony wynikających z europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPCz) – zwłaszcza **art. 1 i art. 14** (klasyczna klauzula niedyskryminacji). W **art. 19 TFUE** została ustanowiona kompetencja do stanowienia prawa w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji w odniesieniu do pięciu dodatkowych przyczyn dyskryminacyjnych (**pochodzenie rasowe i etniczne, religia i światopogląd, wiek, niepełnosprawność, orientacja seksualna**).
26. W efekcie – jak zostało to w pkt. 25 podkreślone, na podstawie prawa pierwotnego instytucje UE wydały szereg aktów prawa pochodnego – harmonizując w ten sposób prawo państw członkowskich. Do najważniejszych aktów należą zwłaszcza **dyrektywa Rady 86/613/EWG** z dnia 11 grudnia 1986 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa (Dz. Urz. WE 1986, L 359/56); **dyrektywy Rady 2000/43/WE** z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE 2000, L 180/22); **dyrektywy Rady 2000/78/WE** z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE 2000, L 303/16); **dyrektywy Rady 2004/113/WE** z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE 2004, L 373/37); a także **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 kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. UE 2006, L 204/23). Ze względu na zakres opinii – treść dyrektyw nie będzie tu omawiana.

b. Cechy chronione (przesłanki) – czy katalog zamknięty?

27. „**Cecha chroniona**” jest właściwością człowieka, która nie powinna być uznawana za istotną dla odmiennego traktowania lub czerpania określonych korzyści²⁰. Dyrektywy posługują się **aparatem pojęciowym z orzeczeń TSUE**, niekiedy doprecyzowując je. Do katalogu zakazanych kryteriów dyskryminacji, w oparciu o Traktaty, akty prawa pochodnego UE należą zwłaszcza płeć, wiek, religia, przekonania, niepełnosprawność, orientacja seksualna, pochodzenie rasowe lub etniczne. Dyrektywy dotyczące niedyskryminacji zakazują odmiennego traktowania opartego na określonych „cechach chronionych”. Zawierają one stały i ograniczony wykaz cech chronionych, obejmujący płeć (dyrektywa w sprawie równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług, dyrektywa w sprawie równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przekształcona)), orientację seksualną, niepełnosprawność, wiek oraz religię lub przekonania (dyrektywa w sprawie równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy), pochodzenie rasowe lub etniczne (dyrektywa w sprawie równego traktowania bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne)²¹.
28. **EKPC zawiera natomiast otwarty wykaz, który pokrywa się z dyrektywami, ale wykracza poza nie.** Art. 14 zakazuje dyskryminacji „*wynikającej z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn*”. Kategoria „inne przyczyny” umożliwia ETPC uwzględnienie tych cech (m.in.), które są wyraźnie chronione przez dyrektywy dotyczące niedyskryminacji, a mianowicie: niepełnosprawności, wieku i orientacji seksualnej. Artykuł 21 KPP również zawiera zakaz dyskryminacji. Przepisy Karty są wiążące dla instytucji UE, ale mają zastosowanie również do państw członkowskich przy interpretowaniu i stosowaniu prawa UE. Przepis Karty dotyczący dyskryminacji

²⁰ Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej i Rady Europy, Luksemburg 2011, s. 98

²¹ Ibidem, s. 97.

zawiera połączenie cech uwzględnionych zarówno w EKPC, jak i ww. dyrektywach. Konwencyjna lista cech jest otwarta i można ją rozszerzać w zależności od przypadku.

29. **Zakazane przesłanki niedyskryminacji** podlegają ewolucji wraz ze zmieniającym się strukturą społeczną, rozwojem gospodarki w ramach rynku wewnętrznego, występowaniem nowych zjawisk społecznych.

c. Skuteczność prawa antydyskryminacyjnego

30. Zasada niedyskryminacji wiąże państwa członkowskie i zobowiązuje do jej zagwarantowania jej przestrzegania sądy krajowe wówczas, gdy sporna sytuacja w sprawie w postępowaniu przed sądem krajowym objęta jest zakresem zastosowania prawa unijnego.
31. Trzeba podkreślić, że zasady równościowe w dziedzinach, w których systemy prawne zostały **ujednolicone** (poprzez rozporządzenia), nakazują one jednakowe traktowanie wszystkich podmiotów z państw członkowskich **pod każdym względem**. W pewnym zakresie odmiennie funkcjonuje zasada w tych dziedzinach, które zostały jedynie **zharmonizowane** (zatem na podstawie dyrektyw unijnych), a także tych, w których **działalność gospodarcza prowadzona jest na podstawie przepisów wewnętrznych** państw członkowskich (co oznacza brak harmonizacji – tj. brak regulacji prawa UE). W takich sytuacjach zasada niedyskryminacji jest ściśle powiązana **z zasadą traktowania narodowego** i nakazuje właściwym organom państw członkowskich traktowanie podmiotów pochodzących z innych państw czł. dokładnie w taki sam sposób, jak traktują one własne podmioty (*zasada narodowa*). **W praktyce może to oznaczać zakaz stosowania prawa krajowego niezgodnego z unijnym wymogiem równego traktowania.**
32. Co do zasady zakaz dyskryminacji ma zastosowanie w stosunkach **między państwami członkowskimi a jednostkami, ale praktyka orzecznicza TSUE rozciągnęła go w pewnym zakresie także na stosunki horyzontalne**, tj. pomiędzy poszczególnymi jednostkami, zwłaszcza podmiotami gospodarczymi, a także na regulacje wydawane przez organy niepaństwowe, lecz uprawnione do stanowienia reguł działalności gospodarczej (np. izby radców prawnych, izby lekarskie, etc).
33. Jak wyjaśniają same dyrektywy antydyskryminacyjne stosuje się je „do wszystkich osób, zarówno sektora publicznego jak i prywatnego, włącznie z instytucjami

publicznymi” (zob. np. art. 3 ust. 1 dyrektywy 2000/43/WE; art. 3 ust. 1 dyrektywy 2000/78/WE; art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/113/WE; art. 14 dyrektywy 2006/54/WE).

34. Dodatkowo – wymaga jasnego podkreślenia, że **większość państw członkowskich, dostosowując swoje ustawodawstwa wewnętrzne do dyrektyw UE (implementując dyrektywy, ustanowiła normy mające zastosowanie nie tylko w stosunkach z elementem Unii lecz również regulujące status prawny własnych obywateli w sposób odpowiadający owym aktom harmonizacyjnym.**
35. Trybunał stosunkowo szybko uznał, że zakaz dyskryminacji ze względu na płeć stanowi **artykulację jednej z podstawowych zasad prawa UE**, a zatem powinien być bezpośrednio skuteczny; co więcej, ma on charakter imperatywny, a zatem powinien być stosowany nie tylko w stosunkach pionowych, **ale również w horyzontalnych, czyli między dwoma podmiotami gospodarczymi (Wyrok TSUE z 1984 r. w sprawie Razzouk).**

f. Implementacja dyrektyw UE w państwach członkowskich

36. **W praktyce implementacyjnej, w wielu państwach członkowskich, wystąpiło szereg problemów z implementacją dyrektyw antydyskryminacyjnych.** W przeważającej mierze dotyczyły one niepowołania właściwego ds. równości organu lub niewyposażenia go w wystarczające kompetencje, opóźnienia w implementacji dyrektyw, wprowadzanie do prawa krajowego definicji niezgodnych z dyrektywami (błąd w transpozycji), nieskuteczne środki dochodzenia odpowiedzialności, brak zrozumienia przez sądy zasad wynikających z dyrektyw.
37. W efekcie wdrażanie przepisów pod naciskiem KE, kontrolującej procesy implementacji oraz, za jej przyczyną, poprzez liczne postępowania przed TSUE z sankcjami finansowymi wobec państw). Przykładem obrazującym ww. proces były **dwa postępowania Komisji przeciwko Polsce w sprawie niewdrożenia dyrektywy Rady 2004/113/WE (sprawa C-326/109) oraz w sprawie niepełnego wdrożenia dyrektywy Rady 2000/43/WE (skarga nr C-341/10).**
38. Jak zostało to już podkreślone, **dyrektywy antydyskryminacyjne posługują się modelem harmonizacji minimalnej.** Oznacza to, że regulacje dyrektyw mają **charakter minimalny.** Dlatego poszczególne państwa członkowskie mogą

wprowadzać środki idące dalej w kierunku ochrony praw jednostek i zapewnienia im równego traktowania z innymi, niż środki przewidziane w dyrektywach.

- a. Art. 6 dyrektywy 2000/43 stanowi wyraźnie, że niniejsza dyrektywa ustanawia **minimalne wymagania**, co daje Państwom Członkowskim możliwość utrzymania i przyjęcia bardziej korzystnych przepisów. Wykonanie niniejszej dyrektywy nie może usprawiedliwiać regresu w stosunku do sytuacji istniejącej w każdym Państwie Członkowskim.
 - b. Podobnie art. 8 ust. 2 Dyrektywy 2000/78/WE przyjął, że "Państwa Członkowskie mogą przyjmować lub utrzymywać przepisy **bardziej korzystne** w celu ochrony zasady równego traktowania od przepisów ustanowionych w niniejszej dyrektywie.
 - c. Art. 7 dyrektywy 2004/113/WE w ust. 1. Stanowi, że Państwa Członkowskie mogą przyjmować lub utrzymywać przepisy **bardziej korzystne** dla ochrony równego traktowania mężczyzn i kobiet niż przepisy przewidziane w niniejszej dyrektywie. A ust. 2 podkreśla, że wdrażanie niniejszej dyrektywy nie może być w żadnym wypadku powodem obniżenia poziomu ochrony przed dyskryminacją, który jest już przyznany przez Państwa Członkowskie w dziedzinach regulowanych niniejszą dyrektywą.
 - d. Także dyrektywa 2006/54/WE, w art. 27, wprowadza **wymogi minimalne**, stanowiąc, że Państwa Członkowskie mogą wprowadzać lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne dla zapewnienia ochrony zasady równego traktowania od przepisów ustanowionych w niniejszej dyrektywie.
39. Dyrektywy zawierają **klauzule ochronne**, pozwalające państwom członkowskim na podejmowanie pewnych działań w celu ochrony **porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, zdrowia, zapobiegania przestępczości i zagwarantowania praw i wolności osób trzecich**. Użyto w tym kontekście zwrotu nawiązującego do EKPCz z 1950 r., podkreślając, iż ograniczenia owe mogą być stosowane **tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne w demokratycznym społeczeństwie**.