

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013
Warszawa 2013

Anna Śledzińska-Simon ■

OBOWIĄZEK DOKONANIA RACJONALNYCH USPRAWNIENÍ – UWAGI NA TŁE WYROKU TSUE JETTA RING I LONE SKOUBOE WERGE (C-335/11 I C-337/11)

1. Wprowadzenie

11 kwietnia 2013 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) wydał długo oczekiwany wyrok w sprawie wykładni przepisów Dyrektywy 2000/78/WE¹ w zakresie definicji pojęcia „niepełnosprawność” oraz obowiązku stosowania „racjonalnych usprawnień”². Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym skierował duński sąd (*Sø- og Handelsretten*) w związku z powództwem dwóch kobiet, które zostały zwolnione z pracy z powodu nieobecności spowodowanej leczeniem urazów kręgosłupa. Tym samym TSUE dokonał kolejnej ewolucji standardu ochrony osób niepełnosprawnych w prawie UE, gdyż ani poprzednie orzeczenia w tej materii, ani ratyfikowana przez Unię

¹ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz.U. L 303, s. 16.

² C-335/11 *HK Danmark*, działający w imieniu *Jette Ring*, przeciwko *Dansk almenntilgigt Boligselskab* oraz C-337/11 *HK Danmark*, działający w imieniu *Lone Skouboe Werge*, przeciwko *Dansk Arbejdsgiverforening*, działającemu w imieniu *Pro Display A/S* w upadłości, wyrok z 11.04.2013 r.

Europejską Konwencją ONZ o Prawach Osób z Niepełnosprawnością³ nie wyjaśniały różnicy między niepełnosprawnością a chorobą.

2. Okoliczności sprawy

Pani Ring była zatrudniona przez spółkę budowlaną DAB i została zwolniona z pracy w okresie, kiedy przebywała na zwolnieniu lekarskim z powodu chronicznych bólów kręgosłupa w odcinku lędźwiowym. W jej przypadku dolegliwości były nieuleczalne, a lekarze nie mogli przewidzieć, kiedy pacjentka będzie zdolna do powrotu do pracy w pełnym wymiarze czasu. W niedługim czasie Ring podjęła nową pracę jako recepcjonistka w innej firmie w zmniejszonym wymiarze godzin w stosunku do poprzedniego zatrudnienia.

Z kolei pani Skouboe Werge została zwolniona z pracy po tym, jak przebywała na zwolnieniu zdrowotnym z powodu urazu odcinka szyjnego kręgosłupa, którego doznała w wyniku wypadku drogowego. W jej jednak przypadku lekarz początkowo przewidywał, że będzie mogła wrócić do pracy po określonym okresie leczenia, potem jednak wycofał się z tej prognozy. Już po rozwiązaniu stosunku pracy przez firmę Pro Display A/S Lone Skouboe Werge poddała się badaniu zdolności do pracy, która została ustalona na około 8 godzin tygodniowo w wolnym tempie, a w kolejnych latach otrzymała orzeczenie o niepełnosprawności z powodu niezdolności do pracy na poziomie 10% i utratę zdolności zarobkowych na poziomie 65%.

W obu przypadkach wypowiedzenie umowy o pracę przez pracodawców nastąpiło na podstawie duńskiej ustawy o stosunkach prawnych między pracodawcami a pracownikami, która w § 5 ust. 2 stanowi, że jeżeli umowa o pracę tak przewiduje, „pracownik może zostać zwolniony za jednomiesięcznym wypowiedzeniem upływającym z końcem miesiąca, jeżeli w okresie 12 ostatnich miesięcy pracownik był nieobecny z powodu choroby z zachowaniem prawa do wynagrodzenia przez 120 dni”⁴. Jest to okres wypowiedzenia krótszy niż w pozostałych sytuacjach normowanych przepisami tej ustawy. Poza tym w Danii od 2004 r. obowiązują przepisy ustawy antydyskryminacyjnej, nakazującej pracodawcom przyjęcie środków umożliwiających osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, jej

³ Konwencja ONZ o Prawach Osób z Niepełnosprawnością została przyjęta 13.12.2006 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ. W polskiej wersji nadano jej tytuł „Konwencja Praw Osób Niepełnosprawnych”. Polska jest stroną KPOzN od 6.09.2012 r., Dz.U. z 25.10.2012 r. poz. 1170.

⁴ C-335/11 I C-337/11 *Jette Ring*, par. 12–14.

wykonywanie, rozwój zawodowy i kształcenie, chyba że środki takie powodowałyby nieproporcjonalne obciążenie⁵.

Postępowanie krajowe dotyczyło żądania wypłacenia obu kobietom odszkodowania na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej z uwagi na brak dokonania przez pracodawców racjonalnych usprawnień w postaci zmniejszenia wymiaru czasu pracy. Działający w imieniu Jetty Ring i Lone Skouboe Werge związek zawodowy (*HK Denmark*) przedstawił pogląd, że wypowiedzenie nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż pracownice przebywały na zwolnieniu nie z powodu choroby, lecz z powodu niepełnosprawności. Z argumentem tym nie zgodzili się pracodawcy, według których zmniejszenie wymiaru pracy nie mieściło się w zakresie obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień. Poza tym w ich ocenie zwolnienie pracownika z powodu przebywania na zwolnieniu lekarskim nie stanowi dyskryminacji.

W tych okolicznościach sąd krajowy skierował do TSUE pytanie prejudycjalne, które w swojej pierwszej części pierwsze dotyczyło wykładni pojęcia niepełnosprawności. Dla rozstrzygnięcia sprawy konieczne było bowiem stwierdzenie, czy pojęcie to obejmuje także długotrwałą chorobę, która powoduje brak lub ograniczoną zdolność do pracy. W szczególności sąd krajowy pytał o zasadność rozróżnienia między chorobą nieuleczalną oraz przejściową dla potrzeby uznania danej osoby za niepełnosprawną na podstawie Dyrektywy 2000/78/WE. Ponadto sąd krajowy wnosil o rozstrzygnięcie czy za niepełnosprawną można również uznać osobę, która bez wprowadzenia innych środków usprawniających, może świadczyć pracę tylko w niepełnym wymiarze czasu.

Po drugie, TSUE miał również orzec czy zmniejszenie wymiaru czasu stanowi formę racjonalnego usprawnienia. Ostatnia część pytania prejudycjalnego dotyczyła natomiast relacji między prawem UE a prawem krajowym. Sąd duński pytał, czy rozwiązanie stosunku pracy ze skróconym okresem wypowiedzenia z powodu nieobecności w pracy wynikającej z niepełnosprawności lub braku racjonalnych usprawnień pozostaje w zgodzie z przepisami Dyrektywy 2000/78/WE. W istocie ta część pytania prejudycjalnego dotyczyła oceny, czy zastosowanie skróconego okresu wypowiedzenia ze względu na nieobecność spowodowaną chorobą może stanowić dyskryminację ze względu na niepełnosprawność.

⁵ *Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet*. C-235/11 I C-337/11 *Jette Ring*, para. 14.

3. Rozstrzygnięcie TSUE

Podstawą wydania wyroku w przedmiotowej sprawie była zarówno Konwencja ONZ o Prawach Osób z Niepełnosprawnością (dalej KPOzN), jak i Dyrektywa 2000/78/WE. KPOzN stała się prawem wiążącym Wspólnotę Europejską na mocy decyzji Rady 2010/48/WE z dnia 26 listopada 2009 r.⁶ zatwierdzającej jej zawarcie przez Wspólnotę Europejską, a następnie została ratyfikowana przez Unię Europejską w 2010 r.⁷ W systemie prawnym UE umowy międzynarodowe zawarte przez Unię mają pierwszeństwo przed aktami Unii⁸ i wymagane jest, aby przepisy prawa wtórnego były interpretowane w zgodzie z nimi⁹. Dlatego też Dyrektywa/78/WE powinna być interpretowana w zgodzie z KPOzN, a dodatkowo została wskazana jako akt implementujący tę konwencję¹⁰.

W odpowiedzi na pierwszą część pytania prejudycjalnego TSUE odniósł się nie tylko do definicji niepełnosprawności zawartej w art. 2 KPOzN¹¹, ale także do preambuły, w której podkreślono ewoluujące znaczenie pojęcia niepełnosprawności (lit. e). Preambuła daje wyraz akceptacji społecznego modelu niepełnosprawności, zgodnie z którym „niepełnosprawność wynika z interakcji między osobami z dysfunkcjami a barierami wynikającymi z postaw ludzkich i środowiskowymi, które utrudniają tym osobom pełny i skuteczny udział w życiu społeczeństwa, na zasadzie równości z innymi osobami” (lit. e *in fine*)¹².

W tej części wyroku TSUE nawiązał do swojego wcześniejszego orzeczenia w sprawie *Chacón Navas*¹³, w którym pojęciem niepełnosprawność określał „ograniczenie wynikające konkretnie z osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych

⁶ Dz.Urz. UE z 2010 r., L 23, s. 35.

⁷ Por. Art. 216 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej TFUE), Dz.Urz.UE z 2010 r., C 83, s. 51.

⁸ C-366/10 *Air Transport Association of America*, wyrok z 21.12.2011 r., niepubl.

⁹ C-320/11, C-330/11, C-382/11 i C-383/11 *Didžitaļnet i inni*, wyrok z 22.11.2012 r., niepubl.

¹⁰ C-335/11 i C-337/11 *Jette Ring*, para. 31–32.

¹¹ „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”.

¹² M. Oliver, „The Social Model in Action: If I Had a Hammer”, w: C. Barnes i G. Mercer (red.), *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*, Leeds: Disability Press 2004, s. 12; R. Traustadottir, „Disability Studies, the Social Model and Legal Developments”, w: O. M. Arnardottir i G. Quinn (red.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Leiden 2009, s. 9–15.

¹³ Wyrok TS z 11.07.2006 r. w sprawie C-13/05, *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, ECR I-6467.

lub psychicznych, które stanowi przeszkodę dla danej osoby w uczestnictwie w życiu zawodowym”¹⁴. TSUE stwierdził wówczas, że nie można tak po prostu zrównać pojęcia niepełnosprawności z pojęciem choroby¹⁵, ponieważ ograniczenie możliwości świadczenia pracy, które tak jak choroba nie jest długoterminowe, nie jest stanowi niepełnosprawności¹⁶. Orzeczenie *Chacón Navas* było bardzo krytycznie przyjęte w środowisku akademickim¹⁷, gdyż wbrew późniejszej akceptacji koncepcji społecznego modelu niepełnosprawności, TSUE zastosował anachroniczne medyczne podejście do osób niepełnosprawnych.

W sprawie *Jette Ring* TSUE podkreślając element „długotrwałości” naruszenia zdolności osób niepełnosprawnych, powtórzył za opinią Rzeczniczki Generalnej Kokott¹⁸, że niepełnosprawność nie musi być cechą wrodzoną lub nabytą w wyniku wypadku. Niepełnosprawność obejmuje także stan, gdy długotrwałe ograniczenie wynikające w szczególności z osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami może utrudniać danej osobie pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu społecznym na równych zasadach z innymi pracownikami, jest skutkiem uleczalnej lub nieuleczalnej choroby¹⁹. *A contrario*, choroba nie powodująca tego typu ograniczeń nie wchodzi w zakres pojęcia niepełnosprawności w rozumieniu dyrektywy.

Poza tym niepełnosprawność również dopuszcza, że osoba nią dotknięta może świadczyć pracę w niepełnym wymiarze. W odniesieniu do tego zagadnienia TSUE stwierdził, że „pojęcie niepełnosprawności musi być rozumiane jako przeszkoda w wykonywaniu działalności zawodowej, a nie – jak podnosią DAB i Pro Display – jako uniemożliwienie wykonywania takiej działalności. Stan zdrowia osoby niepełnosprawnej pozwalający na wykonywanie pracy, choćby w niepełnym wymiarze czasu pracy, może zatem mieścić się w definicji pojęcia niepełnosprawności. Proponowana przez DAB i Pro Display interpretacja byłaby ponadto nie do pogodzenia z celem dyrektywy 2000/78, która dąży w

¹⁴ C-13/05 *Chacón Navas*, para. 43.

¹⁵ *Ibidem*, para. 44.

¹⁶ *Ibidem*, para. 47.

¹⁷ Por. np. L. Waddington, A. Lawson, *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability law within and beyond the employment field*, Sprawozdanie przygotowane na zlecenie Komisji Europejskiej w ramach Programu na rzecz Zatrudnienia i Solidarności Społecznej „Progress” (2007–2013), European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field: Luksemburg 2009.

¹⁸ Opinia Rzeczniczki Generalnej Juliane Kokott przedstawiona w dniu 6 grudnia 2012 r. w połączonych sprawach C-335/11 i C-337/11 *HK Danmark, działający w imieniu Jette Ring przeciwko Dansk Almennyttigt Boligselskab DAB i HK Danmark, działający w imieniu Lone Skouboe Werge przeciwko Pro Display A/S w upadłości*.

¹⁹ C-335/11 i C-337/11 *Jette Ring*, para. 41.

szczegółności do tego, by osoby niepełnosprawne miały dostęp do zatrudnienia i mogły świadczyć pracę”²⁰.

TSUE uznał również, że obowiązek stosowania racjonalnych usprawnień nie jest elementem definicji niepełnosprawności, ale wynika z celu Dyrektywy 2000/78/WE, jakim jest ochrona przed wykluczeniem osób niepełnosprawnych z rynku pracy. Porównując brzmienie art. 2 ust. 4 KPOzN²¹ i art. 5 Dyrektywy 2000/78/WE²² TSUE potwierdził, że racjonalne usprawnienia mogą polegać na obowiązku zatrudnienia w zmniejszonym wymiarze czasu²³. W rezultacie orzekł, że „dyrektywę 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie stosowaniu przepisu krajowego, zgodnie z którym pracodawca jest uprawniony do rozwiązania stosunku pracy ze skróconym okresem wypowiedzenia, jeżeli w okresie 12 kolejnych miesięcy niepełnosprawny pracownik pobierał wynagrodzenie w okresach choroby przez 120 dni, o ile nieobecność była spowodowana faktem, że pracodawca nie podjął właściwych środków w wykonaniu obowiązku wprowadzenia racjonalnych usprawnień”²⁴.

Natomiast w przedmiocie ostatniego pytania stwierdził, że rozwiązanie stosunku pracy ze skróconym okresem wypowiedzenia z powodu nieobecności ze względu na chorobę nie stanowi bezpośredniej dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność, ponieważ nie opiera się na kryterium, które jest nierozdzielnie związane z niepełnosprawnością²⁵. W tej sytuacji musi być rozpatrywana jednak jako dyskryminacja pośrednia ze względu na niepełnosprawność, ponieważ pracownik niepełnosprawny jest w większym stopniu wystawiony na ryzyko rozwiązania umowy na tej podstawie niż pracownik, który nie jest niepełnosprawny. Dyskryminację pośrednią można jednak usprawiedliwić, a więc wykazać, że

²⁰ *Ibidem*, para. 44.

²¹ „Racjonalne usprawnienie’ oznacza konieczne i odpowiednie zmiany i dostosowania, nienakładające nieproporcjonalnego lub nadmiernego obciążenia, jeśli jest to potrzebne w konkretnym przypadku w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym możliwości korzystania z wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz ich wykonywania na zasadzie równości z innymi osobami”.

²² „W celu zagwarantowania przestrzegania zasady równego traktowania osób niepełnosprawnych przewiduje się wprowadzenie racjonalnych usprawnień. Oznacza to, że pracodawca podejmuje właściwe środki, z uwzględnieniem potrzeb konkretnej sytuacji, aby umożliwić osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, wykonywanie jej lub rozwój zawodowy bądź kształcenie, o ile środki te nie nakładają na pracodawcę nieproporcjonalnie wysokich obciążeń. Obciążenia te nie są nieproporcjonalne, jeżeli są w wystarczającym stopniu rekompensowane ze środków istniejących w ramach polityki prowadzonej przez dane państwo członkowskie na rzecz osób niepełnosprawnych”.

²³ *Ibidem*, para. 64.

²⁴ *Ibidem*, para. 68.

²⁵ *Ibidem*, para. 74.

w tym przypadku przepisy prawa są uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środek ten jest właściwy i konieczny. Ocena ta należy jednak do sądu zadającego pytanie prejudycjalne, który powinien w kontekście stosowania przepisów o rozwiązaniu stosunku pracy z krótszym okresem wypowiedzenia zdecydować, „czy ustawodawca duński, realizując słuszne cele wspierania zatrudniania osób chorych z jednej strony i zachowania właściwej równowagi między sprzecznymi ze sobą, jeżeli chodzi o nieobecności z powodu choroby, interesami pracodawcy i pracownika z drugiej strony, nie wziął pod uwagę istotnych okoliczności, które dotyczą w szczególności pracowników niepełnosprawnych”²⁶.

4. Znaczenie wyroku w sprawie *Jetta Ring*

Dokonując wykładni dyrektywy 2000/78/WE, TSUE z jednej strony poszerzył jej zakres podmiotowy, a z drugiej pozostał w zgodzie ze swoim stanowiskiem wyrażonym w orzeczeniu w sprawie *Chacón Navas*. Nadal należy uważać, że choroba nie jest cechą prawnie chronioną na gruncie dyrektywy, choć choroba, której skutkiem jest niepełnosprawność – tak. Długotrwały charakter ograniczeń zdolności do pracy konkretnej osoby może wynikać w jednakowym stopniu z choroby nieuleczalnej, jak i z choroby uleczalnej. Zgodnie ze stanowiskiem Rzeczniczki Generalnej Kokott, „rozstrzygające znaczenie ma jedynie fakt, czy dane ograniczenie jest długoterminowe. Niepełnosprawnością w rozumieniu dyrektywy 2000/78 jest również takie trwałe naruszenie funkcji, które nie pociąga za sobą zapotrzebowania na szczególne środki pomocnicze i które wyłącznie lub co do istoty polega na niezdolności danej osoby do pracy w pełnym wymiarze godzin”²⁷.

Rzeczniczka Generalna Kokott stwierdziła również, że zastosowanie skróconego okresu wypowiedzenia ze względu na nieobecność pracownika spowodowaną faktem, że pracodawca nie podjął wymaganych w myśl art. 5 dyrektywy 2000/78 usprawnień, stanowi nieuzasadnione niekorzystne traktowanie. Z brzmienia tej wypowiedzi nie można wywnioskować, czy brak wprowadzenia racjonalnych usprawnień stanowi dyskryminację bezpośrednią czy pośrednią²⁸, czy raczej dyskryminację *sui generis*²⁹. Jest to jednak kwestia drugorzędna,

²⁶ C-335/11 i C-337/11 *Jette Ring*, para. 90.

²⁷ Opinia Rzeczniczki Generalnej J. Kokott, para. 46.

²⁸ Za uznaniem nieuzasadnionej odmowy racjonalnych usprawnień za dyskryminację pośrednią opowiada się M. Szeroczyńska. Por. M. Szeroczyńska, Definicje. Dyskryminacja, Raport „Polska droga do Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych ONZ”, Fundacja Instytut Rozwoju Regionalnego, Kraków 2008, s. 20.

²⁹ Można przyjąć, że odmowa racjonalnych usprawnień stanowi dyskryminację *sui generis* na gruncie KPOzN oraz projektu dyrektywy horyzontalnej (projekt z 2 lipca

ponieważ w obu przypadkach uznanie danej praktyki za dyskryminację pociąga te same konsekwencje czyli obowiązek wypłaty stosownego – skutecznego, proporcjonalnego i odstraszającego – odszkodowania przez pracodawcę.

W tym kontekście wyrok w sprawie *Jetta Ring* oraz opinię Rzeczniczki Generalnej należy więc odczytywać w następujący sposób – choć na gruncie dyrektywy 2000/78 nie ma jasności co do relacji między art. 2 ust. 2 a art. 5 dyrektywy, to w obecnym stanie prawnym należy przyjąć interpretację spójną z Konwencją Narodów Zjednoczonych o Prawach Osób z Niepełnosprawnością. W art. 2 KPOzN stanowi się, że „Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność” oznacza jakiegokolwiek różnicowanie, wykluczanie lub ograniczanie ze względu na niepełnosprawność, którego celem lub skutkiem jest naruszenie lub zniweczenie uznania, korzystania z lub wykonywania wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie polityki, gospodarki, społecznej, kulturalnej, obywatelskiej lub w jakiegokolwiek innej, na zasadzie równości z innymi osobami. **Obejmuje to wszelkie przejawy dyskryminacji, w tym odmowę racjonalnego usprawnienia**”.

Wyrok w sprawie *Jette Ring* może wpłynąć w konsekwencji na przepisy krajowe, które do tej pory nie obejmowały pojęciem niepełnosprawność okresowej niezdolności do pracy spowodowanej chorobą. Nawet w państwach, gdzie ochrona osób niepełnosprawnych w środowisku pracy jest od dawna bardzo rozwinięta, nie spotykane było podejście uznające, że niezdolność do pracy w pełnym wymiarze czasu stanowi podstawę dyskryminacji. Należy jednak podkreślić, że nie sama niezdolność do pracy w pełnym wymiarze czasu, ale przyczyna ograniczająca możliwość danej osoby do podjęcia pracy w pełnym wymiarze czasu (lub w wymiarze czasu ponad połowę etatu) może podlegać ochronie na podstawie przepisów antydyskryminacyjnych³⁰. Poza tym niezdolność do pracy na pełen etat powinna ułatwiać wykazanie niepełnosprawności.

Wykładania, której dokonał TSUE w wyroku *Jette Ring*, powinna mieć wpływ również na odczytanie polskich przepisów krajowych³¹. Przykłado-

2008 r. – Dyrektywa Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, KOM (2008), 426). Por. L. Waddington, A. Hendriks, The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe from Direct and Indirect Discrimination to ‘reasonable accommodation’ discrimination, „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations”, 2002 nr 18, s. 303.

³⁰ Might the need to work part time be classed as a disability?, dostęp na: <http://www.hrservicecentre.co.uk/might-the-need-to-work-part-time-be-classed-as-a-disability/>

³¹ Por. art. 53 ustawy z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (dalej jako k.p.), Dz.U. 1974 nr 24 poz. 141. Pracodawca może rozwiązać umowy o pracę, zarówno zawartą na

wo pracodawca, który ma możliwość rozwiązania umowy z pracownikiem, posiadającym co najmniej sześciomiesięczny staż pracy i przebywającym na zwolnieniu lekarskim dłużej niż otrzymuje wynagrodzenie i zasiłek chorobowy oraz świadczenie rehabilitacyjne przez pierwsze trzy miesiące³², może rozwiązać taką umowę tylko wtedy, jeżeli jego decyzja nie będzie skutkowa-ła pośrednią dyskryminacją osób niepełnosprawnych. Poza tym pracodawca musi liczyć się z zarzutem nierównego traktowania, jeżeli nie dokona racjonalnych usprawnień wobec pracownika, który z uwagi na ograniczoną zdolność do pracy spowodowaną niepełnosprawnością żąda zatrudnienia w mniejszym wymiarze godzin.

Obowiązek wprowadzenia racjonalnych usprawnień w postaci zatrudnienia w mniejszym wymiarze godzin ma również pracodawca, któremu przysługuje możliwość zwolnienia z pracy osoby niezdolnej do pracy na skutek wypadku przy pracy lub choroby zawodowej bez względu na okres zatrudnienia³³. Z łatwością można wyobrazić sobie sytuację, gdy pracownik doznaje obrażeń w wyniku wypadku przy pracy, którego skutkiem jest ograniczenie jego zdolności do pracy na tych samych zasadach co przed wypadkiem. Uznając określony rodzaj ograniczenia zdolności do pracy za „długotrwałe ograniczenie wynikające w szczególności z osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami może utrudniać danej osobie pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu społecznym na równych zasadach z innymi pracownikami”, pracownik może żądać zatrudnienia w takim wymiarze godzin, które jest w stanie podjąć ze względu na swój stan zdrowia.

Co do zasady w sytuacji, gdy pracownik posiada cechę niepełnosprawności, pracodawca musi wprowadzić właściwe usprawnienia w rozumieniu art. 5 dyrektywy. To jakie usprawnienia są wymagane, stwierdza się na podstawie analizy proporcjonalności. W tym kontekście Rzeczniczka Generalna Kokott podkreśla, że „[w] przypadku niepodjęcia przez pracodawcę oczekiwanych od niego tych właściwych usprawnień, nie wypełnia on zobowiązania z art. 5 dyrektywy i nie może wywodzić z tego korzyści prawnej. Zobowiązanie z art. 5 dyrektywy 2000/78 zostałoby pozbawione znaczenia, gdyby zaniechanie proporcjonalnych środków mogło uzasadnić dyskryminację niepełnosprawnego pracownika”³⁴.

czas nieokreślony, jak i na czas określony, bez wypowiedzenia w przypadku długotrwałej choroby pracownika albo innej dłuższej niż 1 miesiąc jego nieobecności w pracy.

³² Art. 53 ust. 1 lit. b kodeksu pracy.

³³ Art. 53 ust. 1 lit. b *in fine* kodeksu pracy.

³⁴ Opinia Rzeczniczki Generalnej J. Kokott, para. 78.

5. Obowiązek pracodawcy wprowadzenia racjonalnych usprawnień

Art. 5 Dyrektywy 2000/78/WE nakłada na pracodawcę³⁵ obowiązek dostosowania miejsca pracy do sytuacji konkretnej osoby niepełnosprawnej w taki sposób, aby umożliwić jej dostęp do pracy, jej wykonanie, rozwój zawodowy i szkolenia zawodowe, jeżeli nie pociąga to za sobą nieproporcjonalnie wysokich kosztów. Powyższa dyspozycja poprzedzona jest wyznaczeniem celu, który ma być realizowany poprzez racjonalne usprawnienia czyli zapewnienie przestrzegania zasad równego traktowania³⁶.

Należy przy tym podkreślić, że racjonalne usprawnienia to nie to samo co pozytywne działania państwa, które mają zapobiegać niedogodnościom związanym m.in. z niepełnosprawnością oraz rekompensować te niedogodności (art. 7 ust. 2 dyrektywy). Innymi słowy, racjonalne usprawnienia nie stanowią czasowego wyłączenia stosowania zasady równego traktowania (ang. *positive action* lub am. *affirmative action*), ale są konkretnymi działaniami podjętymi jednorazowo lub długotrwale w odpowiedzi na indywidualne potrzeby konkretnej osoby niepełnosprawnej będącej w konkretnej sytuacji zatrudnienia czy w konkretnym środowisku pracy. Zgodnie z motywem 20 preambuły pracodawcy powinni „wprowadzić odpowiednie środki, to znaczy skuteczne i praktyczne środki w celu przystosowania stanowiska pracy z uwzględnieniem niepełnosprawności, na przykład przystosowując pomieszczenia lub wyposażenie, godziny pracy, podział zadań lub ofertę szkoleniową lub integracyjną”. Poza tym państwa członkowskie mogą przyznać osobom niepełnosprawnym dalej idące prawa, w tym rozszerzyć stosowanie art. 5 dyrektywy poza obszar zatrudnienia i pracy, gdyż stanowi on jedynie standard minimalny (art. 8 dyrektywy).

Biorąc pod uwagę motyw 17 Preambuły, należy zauważyć, że dyrektywa zakazuje jedynie dyskryminacji tych osób niepełnosprawnych, które są kompetentne, zdolne i dyspozycyjne do wykonywania najważniejszych czynności na danym stanowisku lub kontynuacji danego szkolenia. Jak z tego wynika, osoby niepełnosprawne muszą być traktowane tak samo jak osoby pełnosprawne o tych samych kwalifikacjach, jeżeli są w stanie samodzielnie wykonać najważniejsze czynności na danym stanowisku lub jeżeli będą w stanie wykonać te czynności

³⁵ Obowiązek ten rozciąga się również na wszelkie podmioty prowadzące kształcenie zawodowe, np. szkoły wyższe.

³⁶ M. Bell, *Advancing EU Anti-Discrimination Law the European Commission's 2008 Proposal for a new directive*, „Equal Rights Review”, 2009, nr 3, s. 10; dostęp na: http://www.age-platform.org/EN/IMG/pdf_Book_chapter_on_draft_directive_by_Mark_Bell.pdf

z pomocą „racjonalnych usprawnień”. Pracodawca może zatem decydować, co stanowi istotne, a co nieistotne czynności dla danego stanowiska. Osoba niepełnosprawna, która nie jest w stanie wykonywać istotnych czynności dla danego stanowiska po dokonaniu racjonalnych usprawnień może być niekorzystnie potraktowana. Dopiero właśnie stworzenie racjonalnych usprawnień pozwala na porównanie sytuacji osoby niepełnosprawnej z pełnosprawną³⁷.

W przepisach antydyskryminacyjnych Unii Europejskiej pozycję osoby dyskryminowanej osłabia fakt, że na wstępie musi ona udowodnić, że jest niepełnosprawna, a dopiero potem, że była niekorzystnie traktowana w zakresie zatrudnienia lub pracy. Ocena, czy osoba jest niepełnosprawna w świetle celów dyrektywy, rodzi pewne ryzyko arbitralności. Poza tym osoba ta musi udowodnić, że posiada wymagane kwalifikacje i jest w stanie wykonywać najważniejsze czynności na danym stanowisku. Na dalszym etapie to już na pracodawcy lub instytucji szkoleniowej spoczywa ciężar dowodu, że niekorzystne traktowanie (odmowa racjonalnych usprawnień) było uzasadnione³⁸. Pracodawca nie może jednak uzasadniać decyzji niekorzystnych dla niepełnosprawnych tym, że ich zatrudnianie, wykonywanie pracy czy udział w szkoleniach rodzi dodatkowe koszty.

Koszty wprowadzenia racjonalnych usprawnień przy porównaniu osoby niepełnosprawnej z pełnosprawną powinny być irrelewantne. Porównując te osoby, należy brać pod uwagę stan „po dokonaniu racjonalnych usprawnień”. Natomiast koszty mają znaczenie tylko dla oceny, czy istnieje obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień. W tym miejscu ważną wskazówką jest treść Motywu 21 Preambuły, który stanowi, iż określenie „czy wprowadzenie danych środków wiąże się z koniecznością poniesienia nieproporcjonalnie wysokich nakładów” wymaga uwzględnienia w szczególności kosztów finansowych i innych, rozmiaru organizacji lub środków finansowych, którymi dysponują przedsiębiorstwa oraz możliwość pozyskania środków publicznych lub jakiegokolwiek innej pomocy.

³⁷ L. Waddington, *Implementing and Interpreting the Reasonable Accommodation Provision of the Framework Employment Directive: Learning from Experience and Achieving Best Practices*, European Network of Experts on Disability Discrimination, 2004, s. 81.

³⁸ Por. opinię nr 2006/3 holenderskiej Komisji ds. Równego Traktowania (pracodawca zanim odrzuci kandydata do pracy musi zdobyć o informacje medyczne na temat jego/jej niepełnosprawności, a nie opierać się na „założeniach”, które mogą wynikać z uprzedzeń) za: J. E. Goldschmidt, *Reasonable accommodation in EU equality law in a broader perspective*, „Europäische Rechtsakademie FORUM”, 2007 nr Vol. 8, s. 39–48.

6. Praktyka stosowania obowiązku racjonalnych usprawnień w państwach członkowskich

W literaturze prawniczej koncepcja racjonalnych usprawnień uznawana jest za złożoną i wzorowaną na regulacjach amerykańskich³⁹. Zarówno pojęcie racjonalnych usprawnień (ang. *reasonable accommodation*) i nadmiernych obciążeń (ang. *undue hardship*)⁴⁰ nie było wcześniej znane wielu państwom członkowskim. Dlatego też implementacja dyrektywy 2000/78/WE zrodziła wiele problemów interpretacyjnych, które *nota bene* pojawiają się również w orzecznictwie sądów amerykańskich. W krajach europejskich koncepcja racjonalnych usprawnień była znana jedynie tam, gdzie ustawodawstwo wzorowała się na prawie amerykańskim tj. w Zjednoczonym Królestwie, Irlandii i Szwecji⁴¹.

W raporcie Europejskiej Sieci Prawników Ekspertów w obszarze Niedyskryminacji (*European Network of Legal Experts in the field of Non-Discrimination*) zauważono, że w państwach członkowskich brak jest jednolitego podejścia do obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień. W niektórych państwach brak spełnienia tego obowiązku stanowi bezpośrednią dyskryminację, w innych – pośrednią lub jest dyskryminacją bez określania jej formy, a w jeszcze innych – nie stanowi dyskryminacji. Poza tym państwa członkowskie w różny sposób określają zakres stosowania zakazu dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność, co w praktyce prowadzi do zróżnicowanej ochrony osób niepełnosprawnych w Unii Europejskiej⁴².

a) Pojęcie „usprawnienia”

Słowo usprawnienie jest tłumaczeniem angielskiego terminu „accommodation”, które oznacza także dostosowanie, przystosowanie, akomodację, nastawność, złagodzenie, udogodnienie. Wydaje się, że znaczenie racjonalnych usprawnień jest węższe niż racjonalnych udogodnień. Można jednak, w ślad za

³⁹ L. Waddington, When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective, “Comparative Labour Law and Policy Journal”, 2008, nr 29, s. 318. Por. Americans with Disabilities Act (dalej: ADA) z 1990 r., Sec 1, 42 U.S.C. § 12101 (2000), a także wcześniejsza: U.S. Rehabilitation Act z 1973 r., Sec. 504, 29 C.F.R. §§ 32.13(a), 1613.704 (1995).

⁴⁰ Termin „undue hardship” odpowiada wspólnotowemu „disproportional burden”.

⁴¹ W Zjednoczonym Królestwie – Disability Discrimination Act z 1995 r., zastąpiony obecnie przez Equality Act z 2010 r.; w Irlandii – Employment Equality Act z 1998 r. i w Szwecji – ustawa zakazująca dyskryminacji w życiu zawodowym ze względu na niepełnosprawność z 1999 r. Por. L. Waddington, A. Lawson, Disability..., op. cit., s. 14.

⁴² L. Waddington, A. Lawson, Disability..., op. cit., s. 14.

oficjalnym tłumaczeniem dyrektywy, przyjąć, że pojęcia te są tożsame. Należy tutaj wyraźnie podkreślić, że właściwa implementacja art. 5 Dyrektywy nie stoi na przeszkodzie, by w ustawodawstwie krajowym przyjąć termin „racjonalne dostosowanie” (ang. *reasonable adjustment*). Czyni tak m.in. Zjednoczone Królestwo. Natomiast prawo fińskie mówi o „środkach”, a francuskie, irlandzkie, litewskie i słowackie o „właściwych środkach”⁴³.

Usprawnienie stanowi zatem dostosowanie normalnie funkcjonujących w zakładzie pracy procedur, procesów lub infrastruktury do potrzeb osoby niepełnosprawnej. Konkretną wskazówkę, jakie elementy wykonywania pracy należy w szczególności dostosować do potrzeb niepełnosprawnych jest motyw 20, który wymienia „pomieszczenia, wyposażenie, godziny pracy, podział zadań, sferę szkoleniową i integracyjną”. Ustalenie, jakie konkretne usprawnienia są konieczne, zależy od indywidulanego przypadku z uwzględnieniem potrzeb osoby niepełnosprawnej oraz charakteru zakładu pracy, instytucji szkoleniowej lub samego szkolenia. Niemożliwa jest zatem stworzenie enumeratywnej listy elementów składających się na racjonalne usprawnienie. Ustawodawca krajowy powinien zatem stworzyć odpowiednio pojemną definicję tego terminu, popartą przykładowymi rozwiązaniami (jak czyni to motyw 20) lub określić w sposób negatywny, jakie działania pracodawcy nie są konieczne.

b) Kryteria i ocena „racjonalności” usprawnień

Doświadczenia państw członkowskich wskazują, że najwięcej problemów interpretacyjnych pojawia się w związku z ustaleniem, jakie usprawnienia są racjonalne. Niewątpliwie wybór środków służących zrównaniu pozycji osoby niepełnosprawnej w zatrudnieniu czy środowisku pracy należy do pracodawcy. Należy jednak ustalić, czy przymiotnik „racjonalne” odnosi się do sytuacji konkretnego pracodawcy czy też do konkretnego usprawnienia. Na podstawie art. 5 w zw. z art. 2 ust. 2 dyrektywy pojawia się pytanie, czy odmawiając dokonania usprawnień wystarczy wykazać, że dane usprawnienie jest nieracjonalne, bo nadzbyt kosztowne czy uciążliwe dla pracodawcy, czy też na pracodawcy ciąży obowiązek zapewnienia efektywnych usprawnień. Dodatkowo dyrektywa zastrzega, że środki usprawniające nie są konieczne, jeżeli wymagają nieproporcjonalnych nakładów. Czy zatem pracodawca ma do dyspozycji dwie – alternatywne czy łączne – linie obrony, jeżeli chodzi o koszty, tj. po pierwsze, że są one nieracjonalne, a po drugie, że są nieproporcjonalne (przy czym spełnienie testu proporcjonalności jest dużo trudniejsze niż testu racjonalności)?⁴⁴

⁴³ L. Waddington, When it is reasonable, *op. cit.*, s. 320.

⁴⁴ L. Waddington, When it is reasonable...., *op. cit.*, s. 324.

W związku z powyższym problemem Lisa Waddington dokonała kompleksowej analizy istniejących rozwiązań w państwach członkowskich, dzieląc je na takie, które:

- 1) nakazują usprawnień, które nie są nieracjonalne dla pracodawcy;
- 2) nakazują usprawnień, które są efektywne dla niepełnosprawnego;
- 3) nakazują usprawnień, które są zarówno efektywne, jak i proporcjonalnie obciążające pracodawcę.

W pierwsze grupie państw, które nakazując dokonanie usprawnień racjonalnych dla pracodawcy są m.in. Finlandia, Belgia czy Niemcy. Art. 5 fińskiej ustawy o niedyskryminacji nr 21/2004 nakazuje ocenić „koszty podjęcia środków usprawniających, sytuację finansową pracodawcy lub organizującego szkolenie oraz możliwość pozyskania pomocy ze środków publicznych lub innych na pokrycie tych kosztów”⁴⁵. Oznacza to, że w Finlandii pracodawca musi spełnić jedynie test racjonalności. Natomiast w Belgii „racjonalnym jest takie usprawnienie, które nie stwarza nieproporcjonalnego obciążenia lub gdy tego obciążenia nie można w wystarczający sposób skompensować z istniejących środków”⁴⁶. Oznacza to, że w Belgii pracodawca musi spełnić test proporcjonalności. Natomiast w Niemczech pracodawca jest ogólnie zobowiązany do dokonania usprawnień, ale roszczenie osoby niepełnosprawnej nie przysługuje w sytuacji, gdy usprawnienie nie jest racjonalne dla pracodawcy lub gdy nakłada na niego nieproporcjonalny ciężar lub gdy jest sprzeczne z krajowymi przepisami bhp⁴⁷. W rezultacie niemiecki pracodawca musi spełnić zarówno test racjonalności, jak i proporcjonalności.

Wobec wątpliwości interpretacyjnych na gruncie dyrektywy warto skorzystać z wskazówek, które wynikają z orzecznictwa sądów USA wydanych w oparciu o przepisy ustawy ADA (*Americans with Disability Act*)⁴⁸. Zgodnie z Tytułem I ADA brak racjonalnych usprawnień stanowi dyskryminację, chyba że ich dokonanie stanowiłoby nadmierne obciążenie dla pracodawcy. Pracodaw-

⁴⁵ Art. 5 ustawy o niedyskryminacji nr 21/2004, c. 21/3004.

⁴⁶ Ustawa z 25 lutego 2003 r. o zwalczaniu dyskryminacji i zmianie ustawy z 15 lutego 1993 ustanawiającej Centrum Równych Szans i Walki z Rasizmem, obecnie w zmiennej formie jako ustawa z 10 maja 2007 r. o zwalczaniu pewnych form dyskryminacji.

⁴⁷ Art. 81 ust. 4 Kodeksu socjalnego, księga IX (*Sozialgesetzbuch, SGB*) z 19 czerwca 2001. Należy zwrócić uwagę, że niemiecka ustawa o równym traktowaniu (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG*) z 2006 r. implementująca Dyrektywę 2000/78/WE nie wspomina o racjonalnych usprawnieniach. Natomiast Kodeks socjalny ujmuje je w kategoriach praw pozytywnych jednostki i zastrzega, że jest to jedynie prawo osób ze znaczną niepełnosprawnością (*Schwerbehinderte*).

⁴⁸ Nawet jeżeli usprawnienie nie stanowi nadmiernego obciążenia i jest zgodne z przepisami bhp, pracodawca może być zwolniony z jego dokonania, jeżeli wykaże nieracjonalność takiego rozwiązania.

ca nie wypełniając tego obowiązku, może skutecznie wykazać, że nawet jeżeli usprawienie jest możliwe i racjonalne, to spowoduje dla niego zbyt duże obciążenie. Zgodnie z wytycznymi federalnej Komisji ds. Równych Szans w Zatrudnieniu (*Equal Employment Opportunity Commission*) obowiązek ten należy rozumieć jako: „modyfikacje i dostosowania” w zakresie procesu zatrudniania pracowników, organizacji środowiska pracy – w szczególności stworzenia możliwości wykonywania przez niepełnosprawnych pracowników „istotnych funkcji” na danym stanowisku, a także równego korzystania z przywilejów i dodatków pracowniczych⁴⁹.

Choć z prac ustawodawczych można wyczytać zamiar, by jako racjonalne usprawienie rozumieć wszelkie dostosowania, które są efektywne dla pracownika, to sądy federalne USA w swoim orzecznictwie przyjmują, że kryterium „racjonalności” odnosi się do samego pracodawcy⁵⁰. Stanowisko to niewątpliwie osłabiło pozycję osób niepełnosprawnych. Stąd ważenie kosztów po stronie pracodawców i zysków po stronie osoby niepełnosprawnej wymagane jest już na etapie oceny racjonalności usprawienia⁵¹. Podobne stanowisko Sąd Najwyższy przyjął w wyroku *U.S. Airways, Inc. v. Barnett*⁵², wyjaśniając, że nie słowo „racjonalne”, ale dopiero słowo „dostosowanie” (ang. *accommodation*) mieści w sobie kryterium efektywności. Tym samym usprawienie zatrudnienia lub pracy osoby niepełnosprawnej musi być dla pracodawcy zarówno racjonalne, jak i w umiarkowany sposób obciążające⁵³.

W drugiej grupie państw znalazły się Holandia, Irlandia i Francja, które uznają, że racjonalne usprawienie musi być efektywne dla osoby niepełnosprawnej. Zgodnie z tym stanowiskiem należy przeprowadzić dwustopniową

⁴⁹ L. Waddington, *When it is reasonable...*, *op. cit.*, s. 327.

⁵⁰ *Vande Zande v. Wisconsin Department of Administration*, 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995). Sąd wyjaśnił, że „racjonalne środki” nakładają na pracodawców mniejszy obowiązek niż standard określony słowami „wszelkie dostępne środki”. Ocena racjonalności wymaga również oceny kosztów ponoszonych przez pracodawcę.

⁵¹ Komentowane orzeczenie krytykowane jest za brak faktycznego rozważenia kosztów i zysków w tej analizie. Por. C. R. Sunstein, *Cost-Benefit Analysis without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms*, University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 325 (2007), dostępny na: https://www.law.uchicago.edu/Lawecon/wkngPprs_301-350/325.pdf; M. A. Stein, *The Law and Economics of Disability Accommodations*, „Duke Law Review”, 2003 nr. 53, s. 79 cyt za: L. Waddington, *When...*, *op. cit.*, s. 330.

⁵² 535 U.S. 391 (2002).

⁵³ *Vande Zande v. Wisconsin Department of Administration*, 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995). Sąd wyjaśnił, że „racjonalne środki” nakładają na pracodawców mniejszy obowiązek niż standard określony słowami „wszelkie dostępne środki”. Ocena racjonalności wymaga również oceny kosztów ponoszonych przez pracodawcę.

ocenę – po pierwsze, czy usprawnienie jest możliwe oraz czy jest efektywne dla niepełnosprawnego, a – po drugie, czy usprawnienie nie jest nieproporcjonalnie obciążające dla pracodawcy. W Holandii obowiązek pracodawcy polega na stworzeniu „efektywnych usprawnień, jeżeli są one potrzebne, chyba że pociągałyby nieproporcjonalne koszty”, przy czym należy wykazać, że usprawnienie było właściwe i odpowiednie dla niepełnosprawnego oraz że było konieczne (np. jako warunek wstępny wykonywania określonej pracy)⁵⁴. W Irlandii obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień istniał już przed przyjęciem dyrektywy 2000/78/WE. Irlandzki pracodawca musi podjąć „właściwe środki” czyli środki efektywne i praktyczne w indywidualnym przypadku, takie jak adaptacja pomieszczeń czy sprzętu, planu czasu pracy czy podziału zadań, czy przeprowadzania szkoleń i udostępniania zasobów integracyjnych, inne niż środki (traktowanie, urządzenia czy rzeczy), które osoba niepełnosprawna może samodzielnie sobie zapewnić⁵⁵. Natomiast we Francji nakazane jest podjęcie „właściwych środków” stosownie do potrzeb niepełnosprawnego, chyba że pociąga za sobą nieproporcjonalne koszty⁵⁶.

W odniesieniu do trzeciej grupy państw wymagany jest po pierwsze podjęcie właściwych środków, które w sposób efektywny umożliwiają „osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, wykonywanie jej lub rozwój zawodowy, bądź przeszkolenie”⁵⁷. Dopiero gdy jest możliwe efektywne dostosowanie miejsca pracy do potrzeb osób niepełnosprawnych, należy ocenić koszty (nakłady, obciążenia), które za sobą pociągają. Jeżeli koszty okażą się nieproporcjonalne, to usprawnienie takie z definicji będzie nieracjonalne. Takie podwójne zastosowanie kryterium racjonalności ma miejsce również w brytyjskiej ustawie o dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność⁵⁸, a także ustawie łotewskiej⁵⁹, greckiej⁶⁰ oraz dekrete Wspólnoty Flamandzkiej w Belgii⁶¹.

⁵⁴ Art. 2 ustawy o równym traktowaniu osób niepełnosprawnych i przewlekłe chorych z 2004. Na tej podstawie Komisja ds. Równego Traktowania uznała, że wyższe opłaty egzaminacyjne dla osób niepełnosprawnych uzasadnione dłuższym czasem trwania egzaminu naruszają zakaz dyskryminacji.

⁵⁵ Art. 16 zmienionej ustawy o równości w zatrudnieniu z 1998 r.

⁵⁶ Art. L. 323–9–1 ustawy nr 2005–12 z 11 lutego 2005 r.

⁵⁷ L. Waddington, *When it is reasonable...*, *op. cit.*, s. 336.

⁵⁸ Art. 3A, 4A, 18B Disability Discrimination Act z 1995 r., c. 50, a obecnie art. 20 i 21 Equality Act z 2010 r.

⁵⁹ Art. 7 (3) Kodeksu Pracy z 2001 r.

⁶⁰ Art. 10 ustawy o niedyskryminacji (wprowadzeniu zasady równego traktowania ze względu na rasę czy pochodzenie etniczne, religię lub inne przekonania, niepełnosprawność, wiek czy orientację seksualną z 2005 r.

⁶¹ Art. 5 Dekretu Wspólnoty Flamandzkiej z 8 maja 2002 r. w sprawie proporcjonalnego udziału w zatrudnieniu.

W opinii Lisy Waddington TSUE może wzorować się na systemie brytyjskim, który najdłużej w Europie posługuje się koncepcją racjonalnych usprawnień nie tylko w zakresie zatrudnienia, ale i dostępu do usług. Już art. 3A (2) ustawy *Disability Discrimination Act* z 1995 r. stanowił, iż brak racjonalnych dostosowań jest jedną z form dyskryminacji. Natomiast art. 18 B zawiera katalog kryteriów oceny racjonalności – przy ocenie tej należy wziąć pod uwagę. Są to:

- a) stopień, w jaki podjęty środek zapobiega dyskryminacji;
- b) stopień praktyczności tego środka;
- c) koszty finansowe i inne, w tym stopień zakłócenia normalnego funkcjonowania zakładu pracy;
- d) zakres możliwości finansowych pracodawcy i jego innych zasobów;
- e) dostępność pomocy finansowej lub innej w podjęciu tego środka;
- f) charakter jego działalności i rozmiar przedsięwzięcia;
- g) jeżeli środek ten byłby podjęty względem gospodarstwa domowego
 - i. stopnia zakłócenia jego funkcjonowania;
 - ii. wpływu na inne osoby mieszkające w tym gospodarstwie⁶².

Podsumowując, wybór środków usprawniających należy do pracodawcy, który powinien wybrać te z możliwych, które są najbardziej efektywne dla pracownika, jeżeli ich podjęcie nie pociąga nadmiernych czy nieproporcjonalnych nakładów⁶³.

- c) Pojęcie „nieproporcjonalnie wysokich nakładów”

Art. 5 Dyrektywy 2000/78/WE w końcowej części przewiduje zwolnienie z obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień, jeżeli pracodawca musiałby z tego powodu ponosić nieproporcjonalnie wysokie koszty⁶⁴. Oznacza to, że istnieje granica obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień. Granica ta zależy jednak od konkretnego przypadku, przede wszystkim tego, jakie usprawnienia mają być wprowadzone oraz jakie są możliwości finansowe danego pracodawcy. Nieproporcjonalnymi nie są takie koszty, z których wystarczająca część jest pokryta z publicznych środków. Oznacza to, że im większe są publiczne

⁶² Aktualnie przepis ten został wprowadzony do art. 6 ust. 28 Kodeksu pracy.

⁶³ T. Lewis, *Proving disability and reasonable adjustments. A worker's guide to evidence under the Equality Act 2010*, 4. wydanie, 2011, s. 27–51.

⁶⁴ Koncepcja proporcjonalności środków jest dobrze ugruntowana w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (por. postanowienia, w których Trybunał podkreślił konieczność podejmowania przez państwo efektywnych środków na rzecz osób niepełnosprawnych – *Botta v. Włochy* z 24 lutego 1998 r. i *Zehnalova i Zehnal v. Czechy* z 14 maja 2002 r.) oraz Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych (por. wyrok z 14 marca 2004 w sprawie 13/2002 *Autism-Europe v. Francji*). W sprawie *Autism-Europe* odrzucono argument rządu francuskiego, że środki usprawniające edukację dzieci autystycznych nie są podejmowane z powodu kosztów. J. E. Goldschmidt, *Reasonable...*, *op. cit.*, s. 47.

zasoby przeznaczone na politykę równości wobec osób niepełnosprawnych, tym większe są oczekiwania wobec pracodawców. W związku z powyższym należy spodziewać się, że między państwami członkowskimi wystąpią w tym zakresie znaczne różnice⁶⁵.

Dla interpretacji pojęcia „nieproporcjonalnie wysokich nakładów” ważny jest Motyw 21 Preambuły, który wyjaśnia, jakie kryteria należy w szczególności wziąć pod uwagę przy ocenie, czy nakłady są proporcjonalne. Są to koszty finansowe i inne poniesione w związku z usprawnieniami, a także „rozmiar organizacji lub środki finansowe, którymi dysponują przedsiębiorstwa oraz możliwość pozyskania środków publicznych lub jakiegokolwiek innej pomocy”⁶⁶. Dyrektywa nie wspomina nic o uwzględnieniu korzyści, jakie płyną z konkretnego usprawnienia dla osoby niepełnosprawnej, milcząco zakładając, że w każdym razie są one istotne dla jej integracji społecznej i zawodowej.

Niektóre państwa członkowskie w swoich ustawach implementujących Dyrektywę Ramową przewidziały dodatkowe kryteria oceny proporcjonalności nakładów. Dla przykładu brytyjska *Disability Discrimination Act* odwoływała się do kryterium praktyczności konkretnego usprawnienia⁶⁷. Natomiast ustawy austriacka i słowacka stwierdzają, iż nie są nieproporcjonalne takie nakłady, które są obowiązkowe na podstawie innych przepisów (o dostępności budynków itp.). Ustawa słowacka i hiszpańska nakazują poza tym brać pod uwagę korzyści, jakie niepełnosprawny osiągnie dzięki usprawnieniu lub odwrotnie – jakie niekorzystne skutki wynikają dla niepełnosprawnego, gdy usprawnienie nie zostanie dokonane. Niewielkie korzyści czyli niewiele wygodniejszy dostęp do zatrudnienia czy warunki pracy mogą zadecydować o tym, że nakłady zostaną uznane za zbyt wysokie⁶⁸.

Istotną różnicą między zapisem Dyrektywy 2000/78/WE a nowym projektem dyrektywy horyzontalnej jest wskazanie w tekście projektu (a nie w Preambule) przykładowych kryteriów, które należy uwzględnić przy ocenie proporcjonalności nakładów. Są to w szczególności: „wielkość, zasoby i charakter

⁶⁵ L. Waddington, A. Lawson, *Disability...*, *op. cit.*, s. 35.

⁶⁶ Dla porównania ADA używa określenia nadmiernego obciążenia („undue hardship”), które ocenia się wg: 1) natury i kosztów netto usprawnienia; 2) ogólnych zasobów finansowych zakładu pracy, liczby zatrudnionych pracowników oraz wpływu usprawnień na te wydatki i zasoby; 3) ogólnych zasobów finansowych pracodawcy, liczby zatrudnionych pracowników oraz liczby, typu i lokalizacji zakładów pracy; 4) typu działania pracodawcy; 5) wpływu usprawnień na działanie zakładu pracy, włączając w to wpływ na wykonywanie obowiązków pracowniczych przez innych pracowników oraz na prowadzenie działalności gospodarczej.

⁶⁷ Art. 18 B ust. 1 DDA.

⁶⁸ Por. L. Waddington, A. Lawson, *Disability...*, *op. cit.*, s. 36.

organizacji, szacowany koszt, cykl życia towarów i usług oraz możliwe korzyści ze zwiększenia dostępu dla osób niepełnosprawnych”. Podobne jest natomiast zastrzeżenie, iż obciążenia nie są nieproporcjonalne, jeżeli w wystarczającym stopniu są rekompensowane ze środków istniejących w ramach polityki równego traktowania prowadzonej przez dane państwo członkowskie.

7. Obowiązek wprowadzenia racjonalnych usprawnień wobec osób niepełnosprawnych w USA – przykłady dobrej praktyki

Wiele modelowych rozwiązań proponuje amerykańska ustawa ADA, a także Wytyczne Komisji ds. Równych Szans w Zatrudnienie (*US Equal Employment Opportunity Commission*)⁶⁹. Tytuł I ustawy ADA zobowiązuje pracodawców do dokonania racjonalnych usprawnień, przez co należy rozumieć:

- a) stworzenie osobom niepełnosprawnym równych szans w procesie zatrudnienia;
- b) umożliwienie wykwalifikowanym pracownikom z niepełnosprawnością wykonywania istotnych funkcji na ich stanowisku pracy;
- c) umożliwienie im równego korzystania z przywilejów pracowniczych.

Racjonalne usprawnienia w zakresie dostępu do zatrudnienia mogą oznaczać na przykład:

- a) konieczność wprowadzenia dużego druku kwestionariuszy osobowych;
- b) zapewnienie możliwości wypełnienia ich w formie komputerowej czy w innym formacie lub wypełnienia ich w domu;
- c) zorganizowanie testów kwalifikacyjnych lub rozmowy kwalifikacyjnej w miejscu dostępnym dla niepełnosprawnych;
- d) zezwolenie na pomoc osoby trzeciej przy wypełnianiu niezbędnych formularzy osoby niepełnosprawnej.

Usprawnienia w zakresie wykonywania istotnych funkcji na danym stanowisku pracy oznaczają w szczególności:

- a) zmianę planu pracy czy godzin pracy (np. zwiększenie ilości przerw na posiłki, ćwiczenia lub odpoczynku);
- b) modyfikację zadań pracownika;
- c) przeniesienie pracownika na nowe stanowisko;

⁶⁹ EEOC Enforcement Guidance on Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act, 915.002 z 17 października 2002, dostęp na: <http://eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html> Wytyczne te w szczegółowy sposób analizują obowiązujące prawo w świetle istniejącego orzecznictwa i praktyki.

- d) zatrudnienie tłumacza;
- e) zgodę na dodatkowe niepłatne dni wolne od pracy na rehabilitację;
- f) zmianę podziału zadań między pracownikami;
- g) wprowadzenie urządzeń przyjaznych pracownikom z określoną niepełnosprawnością.

W zakresie równego osiągnięcia korzyści i przywilejów z pracy racjonalne usprawnienia mają przede wszystkim dostosować środowisko pracy do możliwości osób niepełnosprawnych, a także usunąć bariery oraz zagrożenia dla ich bezpieczeństwa. Usprawnienia te powinny dotyczyć obsługi urządzeń (windy, telefonów, itp.) oraz dostępności budynku (dostosowanie transportu pracowników, przebudowa wejść, wydzielenie parkingów, itp.) i urządzenia pomieszczeń w zakładzie pracy. W praktyce usprawnienia zostaną dokonane poprzez zakup nowego sprzętu, dostosowanie dotychczasowego, reorganizację przestrzeni, a także poprzez zmianę polityki kadrowej.

Obowiązek racjonalnych usprawnień nie powstaje, jeżeli pracodawca nie był świadomy potrzeb lub jeżeli pociągają one za sobą nadmierne obciążenia. Do pracodawcy należy ocena, które środki usprawniające zostaną przyjęte i może skorzystać z poradnictwa wyspecjalizowanych organów na poziomie federalnym, stanowym i samorządowym. Ważne są również zasady, których pracodawcy powinni przestrzegać rozważając dokonanie racjonalnych usprawnień. Pracodawcy powinni szanować godność jednostki, zapewnić jej udział we wszystkich decyzjach, w tym o wyborze środków usprawniających, a także udział w rozwiązywaniu problemów, które jej dotyczą, wystrzegać się stygmatyzującego skutku usprawnień, gwarantować poufność informacji dotyczących stanu zdrowia pracowników oraz zezwalać dobrowolne ujawnienie tych informacji, okresowo monitorować, czy zastosowane środki usprawniające spełniają swoje funkcje i czy nie wymagają zmiany w związku ze zmieniającymi się potrzebami osób niepełnosprawnych⁷⁰.

Niezwykle istotna jest sama procedura związana z decyzją czy zostanie dokonane wprowadzenie racjonalnych usprawnień. Pracodawcy powinni kolejno:

- a) ustalić:
 - i) jakie ograniczenie stanowi przeszkodę w wykonywaniu pracy przez daną osobę;
 - ii) czy można je usunąć przy pomocy racjonalnych usprawnień;
 - iii) jakie jest stanowisko osoby w kwestii racjonalnych usprawnień zainteresowanej.

⁷⁰ Por. też *Practices of providing reasonable accommodation for persons with disabilities in the workplace 24 company case studies across Europe*, Austrian Institute for SME Research, Wiedeń 2008.

- b) zbadać przy udziale pracownika:
 - i) możliwe rozwiązania dotyczące racjonalnych usprawnień;
 - ii) możliwość ich przeprowadzenia;
 - iii) skuteczność tych rozwiązań dla poprawy możliwości wykonywania przez pracownika istotnych funkcji na danym stanowisku.
- c) wybrać najbardziej skuteczne rozwiązanie;
- d) monitorować funkcjonowanie usprawnień⁷¹.

Dla porównania warto przytoczyć przykłady rozstrzygnięć brytyjskiej Komisji ds. Praw Osób Niepełnosprawnych:

- a) Szkolenie pracownika w miejscu pracy: Kobieta, która jest upośledzona intelektualnie, pracuje przy pakowaniu jajek. Posiada dobre świadectwo potwierdzające jej wykształcenie zawodowe, ale zostaje zwolniona z pracy, ponieważ rzekomo jej zatrudnienie wymaga zbyt dużo dokształcenia. Pracodawca powinien zaproponować jej możliwość dokształcenia oraz zapewnić pomoc osoby trzeciej, dzięki której kobieta rozwinie własną technikę uczenia się. Powyższe działanie pracodawcy można zaliczyć jako racjonalne usprawnienie⁷².
- b) Pomoc w zrozumieniu postępowania dyscyplinarnego: Pan V. pracuje jako kelner. Ma upośledzenie intelektualne i niepełnosprawność słuchową. W związku z kłótnią, w którą V. się wdał z gościem lokalu, zostało wobec niego wszczęte postępowanie dyscyplinarne, którego znaczenia V. nie rozumie. V. nie umiał wytłumaczyć swojego zachowania, dlatego pracodawca przyjął to za przyznanie się do winy. V. został dyscyplinarnie zwolniony z pracy. Zwolnienie jest bezpodstawne, ponieważ pracodawca nie uwzględnił niepełnosprawności V⁷³.
- c) Pomoc w miejscu pracy: firma zatrudnia kobietę ze znacznym upośledzeniem intelektualnym, której w wykonywaniu czynności na stanowisku pracy pomaga jej opiekun. Opiekun ten przeszedł na emeryturę,

⁷¹ Informacja ze strony: <http://www.csun.edu/~sp20558/dis/reasonable.html>

⁷² Komisja ds. Praw Osób Niepełnosprawnych (Disability Rights Commission) – obecnie jako Komisja ds. Równości i Praw Człowieka, DCR/01/484, opinia z 24 stycznia 2004 w sprawie *Williams v. Walter Thompson Group Ltd.* Sąd po pierwsze bada, czy reakcja pracodawcy na prośbę dokonania racjonalnych usprawnień była racjonalnie uzasadniona. Dopiero jeżeli stwierdzi, że odmowa nie była uzasadniona, może stwierdzić, że doszło do dyskryminacji. Por. Inclusion Europe, *Wir kämpfen für unser Rechte, Anwendung des Antidiskriminierungsrechts zum Schutz von Menschen mit Behinderungen, Richtlinie des Rates 2000/78/EG. Bestehendes Fallrecht bezüglich Diskriminierung in Beschäftigung und anderen Bereichen*, s. 5.

⁷³ Komisja ds. Praw Osób Niepełnosprawnych, DCR/01/1142, opinia z 27 stycznia 2003 r..

a nowy opiekun odmawia pomocy w miejscu pracy, kobieta została zwolniona z powodu „stwarzania zagrożenia”. Pracodawca nie podjął żadnych racjonalnych usprawnień, aby kobieta mogła kontynuować zatrudnienie⁷⁴.

8. Wnioski

Trudności interpretacyjne wynikające z obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień, które mogą pojawiać się niezależnie od treści ustaw implementujących Dyrektywę 2000/78/WE w państwach członkowskich UE, są nieuniknione. Należy dlatego zapewnić, by przyjęcie odpowiednich przepisów w tym zakresie wsparte było działaniem organu odpowiedzialnego za walkę z dyskryminacją i ochronę praw osób dyskryminowanych.

W Polsce obowiązek racjonalnych usprawnień w obszarze zatrudnienia i pracy wprowadzono dopiero na mocy przepisów zmieniających ustawę z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w ustawie o równym traktowaniu⁷⁵. Zgodnie z art. 23a ust. 3 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej niedokonanie niezbędnych racjonalnych usprawnień uważa się za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. Do wejścia w życie tej zmiany 1 stycznia 2011 r. obowiązywały zatem tylko przepisy dotyczące przystosowania stanowiska pracy⁷⁶, które interpretowały racjonalne usprawnienia w bardzo wąski sposób.

Poza tym w polskim ustawodawstwie nadal brakuje jest ogólnej definicji racjonalnego dostosowania, która odpowiadałaby przepisom KPOzN i odnosiła się do wszystkich dziedzin życia⁷⁷. Brakuje także definicji osoby niepełnosprawnej, która byłaby przyjęta nie dla potrzeb orzekania o niepełnosprawności, ale dla celu ochrony przed dyskryminacją. Definicja ta nie powinna być zatem powiązana z oceną zdolności do pracy, ale uwzględniać nowe tendencje inter-

⁷⁴ Komisja ds. Praw Osób Niepełnosprawnych, DCR/02/4844, opinia z 27 stycznia 2003 r.

⁷⁵ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz. U. z 2010 r. Nr 254, poz. 1700.

⁷⁶ Art. 2 pkt. 8 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej odnosi się do „stanowiska pracy, które jest oprzyrządowane i dostosowane odpowiednio do potrzeb wynikających z rodzaju i stopnia niepełnosprawności”, Dz. U. z 1997 r. Nr 123 poz. 776.

⁷⁷ A. Lawson, Reasonable Accommodation and Accessibility Obligations: Towards a More Unified European Approach?, „European Anti-Discrimination Law Review”, 2010, nr 11, s. 11; M. Szeroczyńska, Polska droga..., *op. cit.*, s. 22.

pretacyjne w prawie UE, które uznają za niepełnosprawność także długoterminowe ograniczenia sprawności wynikające z przewlekłych lub nieuleczalnych chorób⁷⁸. Należy poza tym jasno określić kto jest zobowiązany do dokonania racjonalnych usprawnień, kiedy odmowa ich dokonania będzie uzasadniona, ze szczególnym uwzględnieniem tego, jakie usprawnienia uznaje się za racjonalne (efektywne dla osób niepełnosprawnych), a także jakie kryteria decydują o uznaniu nakładów za nieproporcjonalnie wysokie. W związku z tym, że obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień jest korelatem prawa podmiotowego osób niepełnosprawnych należy określić również skutki (sankcje) niewykonania tego obowiązku.

THE DUTY TO PROVIDE REASONABLE ACCOMMODATION - REFLECTIONS ON THE CJEU JUDGMENT IN *JETTA RING* AND *LONE SKOUBOE WERGE* (C-335/11 AND C-337/11)

The Article posits that in *Jetta Ring* i *Lone Skouboe Werge* (C-335/11 and C-337/11) the CJEU has contributed to further evolution of the protection of persons with disabilities under the EU law and clarified the important difference between disability and illness. Following the UN Convention on Rights of Persons with Disabilities, as ratified by the EU in 2010, it held that disability covers a condition caused by a curable or incurable illness, which entails a long-term limitation in the full and effective participation in professional life on an equal basis with other workers. The limitation as such results from the interaction of human impairments with social barriers. Therefore, the termination of employment due to the employee's absence from work because of illness may constitute unlawful discrimination based on disability if the employer failed to provide the employee with reasonable accommodation in pursuance to Article 5 of the Framework Directive 2000/78/EC. The Article argues that significant differences in national laws implementing the relevant provisions of the Framework Directive lead to an unequal protection of the disabled across

⁷⁸ Por. pytanie prejudycjalne w sprawie C-363/12 z 12 lipca 2012 r. Pytanie dotyczy m.in. tego, czy odmowa udzielenia urlopu równoważnego z urlopem macierzyńskim lub urlopem z tytułu adopcji kobiecie, której niepełnosprawność nie pozwala urodzić dziecka, a której dziecko genetyczne urodziło się w drodze umowy o macierzyństwo zastępcze i która opiekuje się tym dzieckiem od chwili urodzenia, stanowi dyskryminację ze względu na niepełnosprawność.

the EU. Drawing the comparison with Americans with Disabilities Act the Article identifies the best practical examples of providing reasonable accommodation which give full effect to the ratio of this legislation.