

Urszula Torbus
Uniwersytet Śląski

ABSENCJE CHOROBOWE I PREMIE A ZASADA RÓWNEGO WYNAGRADZANIA KOBIECI I MĘŻCZYŹN

I. WPROWADZENIE

Nieobecność pracownika w pracy z powodu choroby nierzadko oznacza dla pracodawcy dodatkowe koszty i dezorganizację pracy w zakładzie. Koszty związane są z obciążeniem pracodawcy obowiązkiem wypłaty wynagrodzenia chorobowego za pierwszy okres choroby pracownika (art. 92 k.p.¹) oraz ewentualnym obowiązkiem wypłaty wynagrodzenia z tytułu pracy w godzinach nadliczbowych pracownikowi zastępującemu osobę nieobecną (art. 151¹ k.p.). Przy dłuższej chorobie dodatkowe koszty powstają w razie konieczności przejściowego zatrudnienia innej osoby na zastępstwo. Nawet jeśli nieobecność pracownika nie generuje pracy ponadwymiarowej, to dezorganizuje pracę w aspekcie pozafinansowym. Dla zapewnienia ciągłości realizowanych zadań absencje chorobowe wymuszają reorganizowanie pracy i powierzanie jej innym pracownikom, co ingeruje w ich własny tok pracy – wymusza wdrażanie w nieswoje obowiązki w sposób wyrywkowy i niestały². Może też powodować, że niektóre obowiązki pracownika nieobecnego w ogóle nie są wykonywane. Z danych statystycznych wynika, że poziom absencji chorobowej pracowników stale wzrasta. Wskazuje się, że średnia liczba wszystkich rodzajów absencji przypadającej na jednego pracownika przekracza 40 dni, co razem z urlopami daje niemal 17% czasu pracy. Rośnie także systematycznie liczba zaświadczeń lekarskich wystawianych osobom pracującym³.

¹ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 917, z późn. zm.

² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2014 r., I PK 177/13, OSNAPiUS 2015, nr 8, poz. 111. Podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2006 r., I PK 305/05, Legalis.

³ W 2016 r. liczba dni absencji chorobowej była wyższa od zanotowanej w 2015 r. o 5,3%, za: *Absencja chorobowa w 2016 roku*, Departament Statystyki i Prognoz Aktuariatnych ZUS, Warszawa 2017, s. 14. W 2017 r. nastąpił wzrost zarówno liczby zaświadczeń lekarskich (o 2,4%), jak i liczby dni absencji chorobowej (o 1,8%), za: *Absencja chorobowa w 2017 roku*, Departament Statystyki i Prognoz Aktuariatnych ZUS, Warszawa 2018, s. 14.

W powyższym świetle zrozumiałe jest, że pracodawcy dążą do minimalizowania nieobecności pracowników w pracy z powodu choroby. Jednym z często stosowanych w praktyce sposobów skierowanych na osiągnięcie tego celu jest premiowanie pracowników za brak absencji chorobowych. Polega on na wprowadzeniu w wewnętrznych regulacjach płacowych (układach zbiorowych lub regulaminach wynagradzania) lub umowach o pracę premii okresowych, na przykład kwartalnych lub rocznych, wypłacanych w sytuacji niekorzystania przez pracownika ze zwolnienia lekarskiego w danym okresie. Innym sposobem jest pomniejszanie stałych premii miesięcznych w razie korzystania przez pracownika ze zwolnienia lekarskiego. Wymienione mechanizmy mają motywować pracowników do powstrzymywania się od korzystania z krótkoterminowych zwolnień lekarskich⁴. Ponieważ przepisy Kodeksu pracy nie regulują szczegółowo struktury wynagrodzeń, w tym zasad przyznawania dodatkowych składników wynagrodzenia takich jak premie i nagrody, wymienione działania pracodawców należy uznać *prima facie* za dopuszczalne. Należy je jednak odnieść do wynikającej z przepisów Kodeksu pracy zasady równego wynagradzania pracowników (art. 18^{3c} k.p.). Zastosowanie wskazanych mechanizmów premiowania do każdej absencji chorobowej może prowadzić do dyskryminacji płacowej kobiet, co w świetle przepisów Kodeksu pracy jest zabronione⁵. Wymaga także odniesienia do wykładni prawa unijnego.

II. ZASADA RÓWNEGO WYNAGRADZANIA PRACOWNIKÓW

Zasada równego wynagradzania pracowników stanowi jeden z elementów zasady równego traktowania pracowników wyrażonej w art. 11² k.p. i uznawanej za podstawową zasadę prawa pracy. Oznacza ona, że pracownicy mają równe prawa z tytułu jednakowego wykonywania takich samych obowiązków, co w szczególności dotyczy kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu. Dla wzmocnienia tej zasady art. 11³ k.p. przewiduje, że zakazana jest jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, w szczególności ze względu na płeć. Zasada równego traktowania pracowników została rozwinięta w rozdziale IIa Kodeksu pracy dotyczącym równego traktowania w zatrudnieniu,

⁴ W 2016 i 2017 r. zaświadczenia lekarskie z tytułu choroby własnej najczęściej wystawiane były na okres do 10 dni (blisko 56%). Zaświadczenia o długości absencji chorobowej 11–30 dni stanowiły 38,9% ogółu liczby zaświadczeń lekarskich. Por. *Absencja chorobowa w 2016 roku...*, s. 14; *Absencja chorobowa w 2017 roku...*, s. 14.

⁵ Szerzej na ten temat K. Walczak, *Zakaz dyskryminacji w wynagrodzeniu w świetle przepisów prawa i praktyka jego wdrażania*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2005, nr 1, s. 73 wraz z cytowaną literaturą.

wprowadzonym do Kodeksu pracy od 2001 r.⁶. Artykuł 18^{3a} k.p. potwierdza obowiązek równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie nawiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych. W omawianym kontekście szczególnie istotny jest art. 18^{3c} k.p., który *expressis verbis* przyznaje pracownikom prawo do jednakowego wynagrodzenia za jednakową pracę lub za pracę jednakowej wartości. Prawo to dotyczy nie tylko wynagrodzenia zasadniczego, lecz również wszystkich składników wynagrodzenia, bez względu na ich charakter, a także innych świadczeń związanych z pracą⁷. Natomiast art. 18^{3b} § 1 k.p. za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu uznaje m.in. niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą.

Wymienione regulacje Kodeksu pracy dotyczące równego traktowania pracowników zostały przemodelowane i silnie rozbudowane pod wpływem prawa unijnego. Zasada równego traktowania pracowników stanowi obecnie jeden z podstawowych działów unijnego prawa pracy⁸, a jej początki sięgają wprowadzenia obowiązku równego traktowania pracowników ze względu na płeć⁹. Nakaz równego wynagradzania kobiet i mężczyzn był jednym z nielicznych postanowień socjalnych zawartych w 1957 r. w Traktacie Rzymskim (art. 119) i uznany został za jeden z fundamentów Wspólnoty¹⁰, a pierwsza dyrektywa z zakresu wspólnotowego prawa pracy z 1975 r. dotyczyła właśnie zasady równego wynagradzania kobiet i mężczyzn¹¹.

Obecnie art. 157 TFUE nakazuje państwom członkowskim zapewnić stosowanie zasady równości wynagrodzeń dla pracowników płci męskiej i żeńskiej za taką samą pracę lub pracę takiej samej wartości. Potwierdza to dyrektywa 2006/54/WE z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie

⁶ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 128, poz. 1405. Zob. L. Florek, *Dostosowanie polskiego prawa pracy do prawa unijnego ze szczególnym uwzględnieniem ostatniej nowelizacji Kodeksu pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 1, s. 4 i n.

⁷ M. Kuba, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa 2017, s. 135.

⁸ M. Matey-Tyrowicz, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu w prawie wspólnotowym*, (w:) M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner (red.), *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku*, Warszawa 2002, s. 590; L. Florek, *Europejskie prawo pracy*, Warszawa 2010, s. 58.

⁹ L. Mitrus, *Wpływ regulacji wspólnotowych na polskie prawo pracy*, Kraków 2006, s. 179.

¹⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 8 kwietnia 1976 r., C-43/75, *Defrenne v. Sabena (Defrenne II)*, ECR 1976, s. 455.

¹¹ Dyrektywa Rady 75/117/EWG z dnia 10 lutego 1975 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich dotyczących zasady równości wynagrodzeń dla mężczyzn i kobiet, Dz.Ur. UE L 45, z 19.02.1975 r., s. 19, zastąpiona przez dyrektywę cytowaną w pkt 12.

zatrudnienia i pracy¹², która w art. 4 wprowadza zakaz bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji ze względu na płeć w odniesieniu do wszelkich aspektów i warunków wynagrodzenia za taką samą pracę lub pracę o jednakowej wartości. Zgodnie z art. 2 ust. 2c dyrektywy dyskryminacja obejmuje m.in. wszelkie mniej korzystne traktowanie kobiety związane z ciążą lub urlopem macierzyńskim w rozumieniu dyrektywy 92/85/EWG. Natomiast dyrektywa 92/85/EWG z dnia 19 października 1992 r. wprowadza środki służące wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią¹³. Potwierdza m.in. prawo wymienionych pracownic do utrzymania prawa do wynagrodzenia lub zasiłku w sytuacjach przewidzianych w dyrektywie (art. 5–11).

Równość kobiet i mężczyzn gwarantuje także Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej¹⁴. Artykuły 21 i 23 Karty zakazują wszelkiej dyskryminacji m.in. ze względu na płeć oraz chronią prawo do równego traktowania kobiet i mężczyzn we wszystkich dziedzinach, w tym w dziedzinie zatrudnienia, pracy i wynagrodzenia. Podobnie ratyfikowana przez Polskę Konwencja nr 100 Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1951 r. nakłada obowiązek zapewniania stosowania do wszystkich pracowników zasady jednakowego wynagrodzenia pracujących kobiet i mężczyzn za pracę jednakowej wartości (art. 2 ust. 1)¹⁵.

Zasady te znajdują odzwierciedlenie także w Konstytucji RP. Artykuł 32 Konstytucji RP wskazuje, że wszyscy są wobec prawa równi i wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne oraz nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny¹⁶. Artykuł 33 Konstytucji RP potwierdza równe prawa kobiety i mężczyzny w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym, w szczególności równe prawo do jednakowego wynagradzania za pracę jednakowej wartości. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalona jest wykładnia, zgodnie z którą zasada wyrażona w art. 32 Konstytucji RP nakazuje „równo traktować równych, podobnych – podobnie, a nierównych nierówno”¹⁷.

¹² 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 (wersja przedrukowana), Dz.Urz. L 204, z 26.07.2006 r., s. 23.

¹³ Dyrektywa Rady 92/85/EWG z dnia 19 października 1992 r. w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią, Dz.Urz. UE L 348, z 28.11.1992 r., s. 1.

¹⁴ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 389 (wersja skonsolidowana).

¹⁵ Dz.U. z 1955 r., nr 38, poz. 238.

¹⁶ Szerzej A. Musiała, *Wynagrodzenie za „pierwszą pracę” na tle zasady niedyskryminacji*, (w:) Z. Niedbała (red.), *Prawo wobec dyskryminacji w życiu społecznym, gospodarczym i politycznym*, Warszawa 2011, s. 194 i n.

¹⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2006 r., SK 41/05, OTK-A 2006, nr 9, poz. 126.

Podobnie Trybunał Sprawiedliwości UE wskazuje, że zasada równego traktowania wymaga, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób jednakowy¹⁸.

Zasada równego traktowania pracowników oznacza zatem nakaz jednako-
wego traktowania pracowników znajdujących się w identycznej sytuacji, pozwa-
lając jednocześnie na ich odmiennie traktowanie w sytuacjach od siebie różnych.
Różnicowanie pracowników samo w sobie nie jest zakazane pod warunkiem,
że nie opiera się na dyskryminujących kryteriach, wymienionych przykładowo
w art. 11³ k.p. Przepis ten nie wymienia choroby, co pozwala na wniosek, że pra-
codawca może wprowadzać premie dla pracowników niekorzystających ze zwol-
nień lekarskich lub obniżać premie tym chorującym. Co do zasady nie stanowi
to dyskryminacji pracowników chorujących, gdyż pracownicy zdrowi i chorzy
nie są w identycznej sytuacji, a zróżnicowanie pracowników ma charakter obiek-
tywny¹⁹. Teza ta wymaga jednak doprecyzowania wobec podziału na dyskrymi-
nację bezpośrednią i pośrednią.

III. ZAKAZ DISKRYMINACJI BEZPOŚREDNIEJ I POŚREDNIEJ

Zasada równego traktowania pracowników została ujęta w obowiązują-
cych przepisach szeroko. Zgodnie z art. 18^{3a} § 2 k.p. oznacza ona niedyskry-
minowanie w jakikolwiek sposób, pośrednio lub bezpośrednio, z przyczyn
wymienionych przykładowo w tym przepisie, w tym m.in. ze względu na płeć.
Zgodnie z art. 18^{3a} § 3 k.p. dyskryminowanie bezpośrednio istnieje wtedy, gdy
pracownik z jednej lub z kilku przyczyn był, jest lub mógłby być traktowany
w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy. Natomiast
dyskryminacja pośrednia występuje wówczas, gdy na skutek pozornie neu-
tralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania
występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie
niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy,
warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu pod-
noszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pra-
cowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka
przyczyn wymienionych w Kodeksie, chyba że postanowienie, kryterium lub

¹⁸ Wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE: z dnia 16 września 2010 r., C-149/10, *Zoi Chatzi*, ECR 2010, s. I-08489; z dnia 5 czerwca 2008 r., C-164/07, *Wood*, ECR 2008, s. I-4143; z dnia 19 listopada 2009 r., C-402/07, *Sturgeon i in.*, ECR 2009, s. I-10923.

¹⁹ Na marginesie należy zastrzec możliwość wystąpienia dyskryminacji ze względu na stan zdrowia, zwłaszcza w kontekście potencjalnej nowelizacji Kodeksu pracy, potwierdzającej otwar-
ty charakter katalogu zakazanych kryteriów dyskryminacji (projekt z dnia 1 czerwca 2017 r., druk
sejmowy nr 1653).

działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne (art. 18^{3a} § 4 k.p.). Wprowadzenie premii za brak absencji chorobowych bez wyjątków może prowadzić do dyskryminacji kobiet, co będzie równoznaczne ze złamaniem zakazu dyskryminacji ze względu na płeć. Zależy to od przyczyny nieobecności pracownicy w pracy.

Szerokie ujęcie dyskryminacji, obejmujące zarówno dyskryminację bezpośrednią, jak i pośrednią może w praktyce budzić wątpliwości. Z pewnością łatwiejsza do ujęcia i wyeliminowania jest dyskryminacja bezpośrednia, tym bardziej że od czasu członkostwa Polski w Unii Europejskiej rośnie świadomość obowiązywania zasady równego traktowania pracowników i zakazu dyskryminacji. Sprzyja temu między innymi implementacja do wewnętrznego porządku prawnego antydyskryminacyjnych przepisów unijnych. Artykuł 94 pkt 2b k.p. nakłada na pracodawcę obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu, a art. 9 § 4 k.p. stwierdza, że postanowienia układów zbiorowych i innych opartych na ustawie porozumień zbiorowych, regulaminów oraz statutów określających prawa i obowiązki stron stosunku pracy naruszające zasadę równego traktowania nie obowiązują. Dodatkowo na pracodawców został nałożony obowiązek udostępniania pracownikom tekstu przepisów dotyczących równego traktowania (art. 94¹ k.p.). Zasadę równego traktowania pracowników wzmacnia także nakaz prounijnej wykładni przepisów krajowych, realizowanej między innymi przez Sąd Najwyższy, co przyczynia się do poszerzania świadomości pracodawców dotyczącej zakazu dyskryminacji pracowników, zwłaszcza ze względu na płeć i wiek²⁰. Zmiany wymusza także działalność orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości UE²¹.

Wskazane okoliczności powodują, że postanowienia regulacji wewnętrznych dotyczących wynagradzania pracowników, czyli układów zbiorowych czy regulaminów wynagradzania (premiowania), praktycznie nie zawierają postanowień bezpośrednio dyskryminujących pracowników. Taryfikatory wynagrodzeń tworzone są na podstawie kryteriów obiektywnych, takich jak na przykład staż pracy, wykształcenie, doświadczenie czy kwalifikacje niezbędne do wykonywania określonej pracy. W tym ujęciu prawdziwa wydaje się być postawa wskazująca, że „taryfikatory nie mają płci”, co podkreślają m.in. przedstawiciele związków zawodowych uczestniczący w ich ustalaniu. Pomimo tego pomiędzy wynagrodzeniami kobiet i mężczyzn występują udowodnione różnice, nazywane

²⁰ Por. wyrok Sądu Rejonowego we Wrocławiu z dnia 16 lipca 2010 r., IV IP 300/09, LEX nr 1135962; uchwałę siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2008 r., I PZP 4/08, LEX nr 465384, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2008 r., I PK 219/07, LEX nr 437329.

²¹ Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 marca 2014 r., C-38/13, *Nierodzik*, LEX nr 1433647 oraz ustawę z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r., poz. 1220.

luka płacową (*gender pay gap*). W Polsce współczynnik GPG na tle innych krajów europejskich jest relatywnie niski²², choć zdaniem GUS obecnie sięga 18,5%²³.

Trudniejsza do uchwycenia jest dyskryminacja pośrednia. Jak już wskazano, zgodnie z art. 18^{3a} § 4 k.p. wiąże się ona z istnieniem pozornie neutralnych postanowień, stosowanych kryteriów lub podejmowanych działań, które prowadzą lub mogą prowadzić do niekorzystnych dysproporcji albo szczególnie niekorzystnej sytuacji, między innymi w odniesieniu do warunków zatrudnienia. W doktrynie wskazuje się, że podstawowe znaczenie w tym zakresie ma pozorna neutralność w postępowaniu pracodawcy. Powoduje ona, że skutek w postaci gorszego traktowania pracowników nie jest bezpośrednio uwidoczniiony, gdyż pracodawca uzasadnia swoje postępowanie motywami neutralnymi z punktu widzenia praktyk dyskryminacyjnych. Dyskryminacja pośrednia dotyczy najczęściej grupy pracowników, wyróżnionych ze względu na kryterium dyskryminacji, np. kobiecej części załogi, lub znacznej liczby pracowników należących do tej grupy²⁴. Innymi słowy, dyskryminacja pośrednia nawiązuje do kryteriów neutralnych, które nie są zakazane, lecz ich zastosowanie wywołuje niekorzystny skutek dla grupy osób chronionych przez zakaz dyskryminacji²⁵.

Pojęcie dyskryminacji pośredniej stworzone zostało przez judykaturę amerykańską²⁶, natomiast w Europie koncepcja dyskryminacji pośredniej została rozwinięta przez Trybunał Sprawiedliwości UE, który dla zapewnienia skuteczności wspólnotowym regulacjom antydyskryminacyjnym wzorował się na systemach *common law*²⁷. Następnie definicja dyskryminacji pośredniej pojawiła się w dyrektywie Rady 97/80/WE²⁸ w 1997 r. i dla większości państw członkowskich była całkowicie nową instytucją prawną²⁹. Wydaje się, że do tej pory zrozumienie istoty tego zjawiska nie do końca jest oczywiste, także dla samych partnerów społecznych negocjujących warunki wynagradzania pracowników. Tymczasem trzeba mieć na uwadze, że dyskryminacja pośrednia wciąż odgrywa istotną rolę w kontekście walki z dyskryminacją ze względu

²² http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Gender_pay_gap_statistics (dostęp: 6.04.2018 r.).

²³ GUS, *Różnice w wynagrodzeniach kobiet i mężczyzn w Polsce w 2016 r.*, Bydgoszcz 2018, s. 21.

²⁴ J. Wrątny, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 54.

²⁵ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012, s. 14.

²⁶ Wyrok *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), (w:) M. Mercat-Bruns, *Des espaces d'innovation française en droit de la non discrimination à la lumière du droit européen et du droit américain*, COMPTRASEC-WPS/2015/15, Novembre 2015, s. 12.

²⁷ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia...*, s. 13.

²⁸ Dyrektywa Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie ciężaru dowodu w przypadkach dyskryminacji ze względu na płeć, Dz.Urz. UE L 14, z 20.01.1998 r., s. 6, zastąpiona przez dyrektywę cytowaną w pkt 11.

²⁹ M. Domańska, *Zasada równości (zakaz dyskryminacji)*, (w:) A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010, s. 195.

na płęć³⁰. Dla oceny, czy ma miejsce dyskryminacja pośrednia, konieczna jest zatem ocena skutków postanowień wewnątrzzakładowych lub działań pracodawcy wobec określonej grupy pracowników i weryfikacja, czy istniały obiektywne powody ich wprowadzenia.

IV. NIEOBECNOŚĆ W PRACY Z POWODU CHOROBY W TRAKCIE CIĄŻY LUB SPRAWOWANIA OPIEKI NAD DZIECKIEM LUB INNYM CHORYM CZŁONKIEM RODZINY

Analizując problem premii za brak absencji chorobowych w kontekście dyskryminacji płacowej kobiet, trzeba mieć na uwadze, że przyczyny korzystania przez pracownika ze zwolnienia lekarskiego, a tym samym przyczyny jego nieobecności w pracy, mogą być różne. ZUS na tle ustawy z 1999 r. o świadczeniach pieniężnych w razie choroby i macierzyństwa³¹ (tzw. ustawa zasiłkowa) wyróżnia absencje chorobowe z tytułu choroby własnej, z tytułu sprawowania opieki nad dzieckiem oraz absencje chorobowe z tytułu opieki nad innym członkiem rodziny³². W przypadku choroby własnej pracownika wprowadzenie premii za brak absencji chorobowych istotnie może pomóc te nieobecności minimalizować³³.

Trzeba jednak wziąć pod uwagę, że absencje z tytułu choroby własnej mogą powstać w okresie ciąży, co może być związane z patologicznym stanem zagrażającym zdrowiu matki lub dziecka. Ponieważ jedynie kobiety mogą być w ciąży³⁴, odmienne ich traktowanie może zostać uznane za dyskryminację bezpośrednią ze względu na płęć. Jednak w polskich realiach nieobecność kobiety w pracy w trakcie ciąży niekoniecznie musi być związana z chorobą *sensu stricto*, co zwłaszcza należy odnieść do pracownic wykonujących bardziej intensywną pracę. Nie chodzi przy tym o prace szczególnie uciążliwe lub szkodliwe dla

³⁰ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia...*, s. 16.

³¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1368, z późn. zm.

³² *Absencja chorobowa w 2017 roku...*, s. 10.

³³ Por. przykładowo spadek liczby zachorowań w służbach mundurowych po zmianie wysokości wynagrodzenia chorobowego z 100% na 80%, <https://mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/135-43,Ustawa-o-L-4-dziala-liczba-funkcjonariuszy-na-zwolnieniu-spadla-o-niemal-30.html> (dostęp: 15.04.2016 r.).

³⁴ Z zastrzeżeniem przypadku osób transseksualnych (transgender). Por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 6 kwietnia 2017 r., *A.P., Garçon and Nicot v. France* (79885/12, 52471/13 and 52596/13) oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 marca 2004 r., C-303/02, *Haackert*, ECR 2004, s. I-2195.

zdrowia kobiet w rozumieniu art. 176 k.p.³⁵, które wiążą się z obowiązkiem przeniesienia pracownicy do innej pracy lub zwolnienia z obowiązku świadczenia pracy (art. 179 k.p.). W odmiennym stanie fizjologicznym organizm kobiety może gorzej znosić codzienny wysiłek związany z regularną pracą i dojazdami do niej (uwzględnia to przykładowo art. 148 k.p., który zakazuje kobietom w ciąży wykonywania pracy powyżej 8 godzin dziennie). Z tego powodu przyjęła się praktyka, że kobiety ciężarne nierzadko korzystają ze zwolnień lekarskich, zwłaszcza pod koniec tego okresu.

W pewien sposób do powstania tej praktyki przyczyniło się ustawodawstwo. Przez długie lata (od czasu wejścia w życie Kodeksu pracy w 1975 r. do 2013 r.) przed porodem kobieta mogła wykorzystać jedynie dwa tygodnie urlopu macierzyńskiego. Dopiero od czerwca 2013 r. art. 180 § 2 k.p. pozwala na wykorzystanie nie więcej niż 6 tygodni przed przewidywaną datą porodu³⁶. Trzeba pamiętać, że początkowo Kodeks pracy przyznawał kobiecie prawo jedynie do 16 tygodni urlopu macierzyńskiego przy pierwszym porodzie i 18 przy każdym następnym porodzie (wyjątkowo 26 tygodni w przypadku urodzenia więcej niż jednego dziecka przy jednym porodzie), bez prawa do dodatkowego urlopu macierzyńskiego³⁷ lub urlopu rodzicielskiego³⁸. Stosunkowo krótkie urlopy macierzyńskie powodowały zapewne, że kobiety niechętnie skracaly je chociażby o 2 tygodnie. Z tego względu wskazane rozwiązanie, czyli możliwość wykorzystania do 6 tygodni urlopu macierzyńskiego przed porodem, do tej pory rzadko jest stosowane w praktyce³⁹.

Szczególną sytuację kobiet w ciąży uwzględniają obowiązujące przepisy. Z art. 92 § 1 pkt 2 k.p. wynika, że za czas niezdolności do pracy wskutek choroby przypadającej w czasie ciąży pracownica zachowuje prawo do 100% wynagrodzenia. Podobnie art. 11 ust. 2 ustawy zasiłkowej z 1999 r. przyznaje kobietom prawo do zasiłku chorobowego w wysokości 100% podstawy wymiaru zasiłku, jeżeli niezdolność do pracy przypada w okresie ciąży. Celem takiego rozwiązania

³⁵ Por. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 kwietnia 2017 r. w sprawie wykazu prac uciążliwych, niebezpiecznych lub szkodliwych dla zdrowia kobiet w ciąży i karmiących dziecko piersią, Dz.U. z 2017 r., poz. 796.

³⁶ Ustawa z dnia 28 maja 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2013 r., poz. 675, która zmieniła art. 180 k.p. z dniem 17 czerwca 2013 r.

³⁷ Prawo do korzystania z dodatkowego urlopu macierzyńskiego powstało od 1 stycznia 2010 r., wprowadzone ustawą z dnia 6 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 237, poz. 1654. Zostało zniesione od 2 stycznia 2016 r., poprzez dołączenie go do urlopu rodzicielskiego.

³⁸ Urlop rodzicielski obowiązuje od 17 czerwca 2013 r., został wprowadzony ustawą z dnia 28 maja 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2013 r., poz. 675.

³⁹ B. Lenart, (w:) A. Kopyść, B. Lenart, R. Tonder, *Urlopy rodzicielskie i zasiłki macierzyńskie. Zasady przyznawania, dokumentowania i wypłacania*, Warszawa 2016, s. 8.

jest ochrona kobiet w ciąży oraz ochrona dziecka poczętego⁴⁰. Kobieta w ciąży w razie potrzeby powinna bowiem przede wszystkim dbać o ochronę siebie i dziecka, bez obawy o obniżenie dochodów. Potwierdza to fakt, że ustawodawca przyznał kobiecie prawo do zasiłku chorobowego w wysokości 100% w przypadku każdej choroby w trakcie ciąży, nie tylko choroby związanej z ciążą⁴¹. Pozwala to na przypuszczenie, że ustawodawca uwzględnił, iż w tym okresie kobieta może być bardziej podatna na korzystanie ze zwolnień lekarskich, niezależnie od tego, czy wiąże się to z zagrożeniem ciąży, czy wpływem wysiłku związanego z regularną pracą na organizm kobiety.

Dane statystyczne ZUS pokazują istnienie istotnej różnicy w strukturze absencji chorobowych kobiet i mężczyzn w przedziale wiekowym 20–39 lat, czyli w tym okresie, kiedy kobiety najczęściej zachodzą w ciążę i opiekują się małymi dziećmi. Z danych wynika, że w przedziale wiekowym 20–29 lat absencje chorobowe mężczyzn wynoszą 15,8%, a kobiet 23,9%. Podobnie jest w przedziale wiekowym 30–39 lat, gdzie nieobecność mężczyzn z powodu choroby sięga 23,3%, a kobiet 33,5%. Natomiast od 40. roku życia proporcje się zmieniają i w każdej z grup wiekowych 40–49 lat, 50–59 lat, 60–64 lata oraz powyżej 65. roku życia częściej chorują mężczyźni. Potwierdza to wpływ okresu ciąży i wychowywania małych dzieci na częstotliwość nieobecności kobiet w pracy.

Ponadto dane ZUS wskazują, że w 2014 r. najwyższe wydatki z ubezpieczeń społecznych poniesione zostały z tytułu absencji spowodowanej chorobami okresu ciąży, porodu i połogu – 27,9% ogółu wydatków na absencję chorobową, które w populacji kobiet stanowią aż 45,2% wydatków związanych z absencją. Następne w kolejności są wydatki z tytułu absencji spowodowanej chorobami układu kostno-stawowego, mięśniowego i tkanki łącznej, co stanowiło 12,9% wydatków⁴². Różnica pomiędzy tymi wartościami o 15% pokazuje, jak częste są absencje chorobowe spowodowane chorobami okresu ciąży, porodu i połogu na tle innych przyczyn nieobecności w pracy z powodu choroby.

Wskazane argumenty dowodzą, że pozbawienie pracownic w ciąży nieobecnych w pracy z powodu choroby prawa do premii lub jej obniżenie może zostać potraktowane co najmniej jako dyskryminacja pośrednia, w razie uwzględnienia, że omawiany sposób zarządzania absencjami chorobowymi w świetle danych ZUS w znacznie większym stopniu dotyczy kobiet niż mężczyzn. Uznanie za dyskryminację pośrednią wymaga jednak jeszcze ustalenia, że pracodawca nie

⁴⁰ Ł. Prasolek, *Ustawa o świadczeniach pieniężnych w razie choroby i macierzyństwa*, (w:) M. Gersdorf, B. Gudowska (red.), *Spoleczne ubezpieczenia wypadkowe i chorobowe. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 492.

⁴¹ A. Rzetecka-Gil, *Ustawa o świadczeniach pieniężnych w razie choroby i macierzyństwa*, Warszawa 2009, s. 44.

⁴² Dane ZUS przedstawione przez H. Zalewską w: *Wydatki na świadczenia z ubezpieczeń społecznych związane z niezdolnością do pracy*, (w:) A. Kurzynowski (red.), *Zabezpieczenie społeczne a zdrowie publiczne*, Warszawa–Radom 2016, s. 131–134.

miał obiektywnych powodów postępowania w określony sposób (art. 18^{3a} § 4 *in fine* k.p.). Szukając tych powodów, można wskazać, że celem pracodawców jest zmniejszenie kosztów absencji chorobowych, zwłaszcza w kontekście przyjętej praktyki korzystania ze zwolnień lekarskich przez ciężarne pracownice. Jednak brytyjska judykatura potwierdza, że działania pracodawców zmierzające do obniżenia kosztów nie mogą być same w sobie okolicznością usprawiedliwiającą różnicowanie pracowników, zwłaszcza jeśli są one powiązane z dyskryminującym kryterium (jak w analizowanej sytuacji). Przy okazji warto dodać, że w judykaturze brytyjskiej, dowodząc istnienia dyskryminacji pośredniej, uwzględnia się też fakt, że kobiety częściej niż mężczyźni opiekują się dziećmi⁴³.

Analizując problematykę premii dla pracownic w ciąży nieobecnych w pracy z powodu choroby, należy odnieść się do rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości UE, który zajmował się omawianą problematyką. W 1990 r. w sprawie *Heartz v. Aldi* Trybunał uznał, że kobiety i mężczyźni są w jednakowym stopniu podatni na choroby, a zatem jeśli kobiety są zwalniane z pracy ze względu na nieobecność w pracy w takich samych okolicznościach jak mężczyźni, to nie istnieje dyskryminacja ze względu na płeć. Nie ma w tym przypadku konieczności badania, czy kobiety są częściej nieobecne w pracy z powodu choroby niż mężczyźni, a zatem czy istnieje jakkolwiek dyskryminacja pośrednia⁴⁴. Trybunał potwierdził to stanowisko także w 1997 r. w wyroku *Larsson*, przyznając, że skoro pracownicy płci męskiej i żeńskiej są w równym stopniu narażeni na choroby, to dyrektywa 2006/54 nie dotyczy chorób związanych z ciążą lub porodem⁴⁵.

Jednak wyrok *Heartz v. Aldi* dotyczył choroby kobiety po urlopie macierzyńskim i w tym zakresie nakazywał jednakowe traktowanie choroby kobiety i mężczyzny. Trybunał podniósł ponadto obawy, że zakaz rozwiązania umowy o pracę ze względu na każdą chorobę powiązaną z ciążą lub połogiem mógłby mieć zastosowanie przez wiele lat po porodzie, co nadmiernie obciążałoby pracodawców oraz negatywnie oddziaływałoby na zatrudnienie kobiet. Podobnie wyrok *Larsson* dotyczył choroby, która zaczęła się w trakcie ciąży i trwała po zakończeniu urlopu macierzyńskiego. Trybunał argumentował, że dyrektywa 92/85/EWG gwarantuje kobietom ochronę w czasie ciąży i urlopu macierzyńskiego, nie rozciągając się na okres późniejszy.

Natomiast w wyroku z 1998 r. *Brown v. Rentokil* Trybunał przyznał, że ciąża jest okresem, w którym mogą pojawić się zaburzenia i komplikacje wymagające ścisłego medycznego nadzoru, a w niektórych wypadkach powstrzymywania

⁴³ M. Wujczyk, *Zakaz dyskryminacji w prawie pracy. Rozważanie porównawcze de lege lata i de lege ferenda na gruncie polskich i brytyjskich przepisów antidyskryminacyjnych*, Warszawa 2016, s. 70–73.

⁴⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 8 listopada 1990 r., C-179/88, *Heartz*, ECR 1990, s. I-3994.

⁴⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 maja 1997 r., C-400/95, *Larsson*, ECR 1997, s. I-2774.

się od pracy. Zaburzenia te mogą powodować niezdolność do pracy i stanowią składową ryzyka związanego z ciążą i tym samym jej cechą charakterystyczną. Ponieważ tylko kobiety mogą być w ciąży, zwolnienie kobiety ze względu na przedłużającą się nieobecność w pracy jest związane z wystąpieniem ryzyka związanego z ciążą i dlatego należy je zasadniczo traktować jako dyskryminację ze względu na płeć⁴⁶. Trybunał nakazał tym samym odmiennie traktować nieobecność z powodu choroby w trakcie ciąży od innych chorób.

Natomiast bezpośrednio do wynagrodzenia kobiet w ciąży z powodu nieobecności w pracy spowodowanej chorobą związaną z ciążą Trybunał odniósł się w wyrokach z 1998 r. *Pedersen*⁴⁷ oraz *McKenna*⁴⁸. W sprawie *Pedersen* Trybunał, powołując się na wykładnię przyjętą w sprawie *Brown*, uznał, że zaburzenia i komplikacje w trakcie ciąży są częścią ryzyka z nią powiązanego i cechą jej właściwą, a zatem pozbawienie pracownicy pełnego wynagrodzenia przed rozpoczęciem urlopu macierzyńskiego w sytuacji, gdy jej niezdolność do pracy jest powiązana z patologicznym stanem lub szczególnym ryzykiem dla dziecka, musi być traktowane jako powiązane bezpośrednio z ciążą i tym samym uznane za dyskryminację. Jednakże nie stanowi dyskryminacji pozbawienie pracownicy części lub nawet całości wynagrodzenia w przypadku, gdy nieobecność w pracy jest związana raczej z mniejszymi dolegliwościami typowymi dla ciąży lub po prostu wynika z zaleceń lekarza niepowiązanych z niezdolnością do pracy. Wówczas decyzja pracodawcy powiązana jest nie tyle z ciążą, co z wyborem pracownicy, aby w tym okresie nie pracować.

Natomiast w sprawie *McKenna* Trybunał uznał, że możliwe jest obniżenie wynagrodzenia pracownicy w ciąży, jeżeli nieobecność w pracy przekracza pewien ustalony okres, pod warunkiem że pracownik płci żeńskiej jest tak samo traktowany jak pracownik płci męskiej. Nieobecność w pracy z powodu choroby w okresie ciąży została potraktowana jak każda inna absencja chorobowa, pomimo zastrzeżeń ze strony rządu włoskiego i Komisji, że obniżanie wynagrodzenia oraz zaliczanie nieobecności z powodu choroby na poczet maksymalnej łącznej liczby dni zwolnienia chorobowego przysługującego pracownikowi stanowi dyskryminację ze względu na płeć. Rząd austriacki oświadczył, że do niezdolności do pracy związanej z ciążą powinny mieć zastosowanie inne przepisy aniżeli te stosowane w przypadku niezdolności do pracy z nią niezwiązanej (pkt 39). Trybunał dostrzegł także, że traktowanie nieobecności w pracy w okresie ciąży z powodu choroby jak każdej innej absencji chorobowej może wpływać na wynagrodzenie pracownicy w razie choroby po zakończeniu urlopu macierzyńskiego (pkt 68–69).

⁴⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 30 czerwca 1998 r., C-394/96, *Brown*, ECR 1998, s. I-4224.

⁴⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 19 listopada 1998 r., C-66/96, *Pedersen*, ECR 1998, s. I-7354.

⁴⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 8 września 2005 r., C-191/03, *McKenna*, ECR 2005, s. I-07631.

Należy przy tym mieć na uwadze, że w sprawie *McKenna* Trybunał odniósł się do przepisów dyrektywy 92/85/EWG, która pozwala na obniżenie wynagrodzenia lub zasiłku w okresie urlopu macierzyńskiego (art. 11) i uznał, że skoro w pewnych granicach możliwe jest obniżenie wynagrodzenia pracownicy w trakcie trwania urlopu macierzyńskiego – o ile przez to wynagrodzenie nie jest tak niskie, że podważa to realizację celu, jakim jest ochrona pracownic przed porodem – i nie stanowi to dyskryminacji ze względu na płeć, to tym bardziej nie stanowi dyskryminacji obniżenie w tych samych granicach wynagrodzenia pracownicy nieobecnej w pracy podczas ciąży z powodu choroby z nią związanej. Trybunał uznał, że skoro prawo unijne nie wymaga zagwarantowania pracownicy nieobecnej w pracy w trakcie ciąży prawa do pełnego wynagrodzenia, to tym samym jego obniżenie nie stanowi dyskryminacji ze względu na płeć.

Przegląd orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE pokazuje także niekonsekwentne podejście do niezdolności do pracy pracownic w ciąży z powodu choroby. W niektórych orzeczeniach choroba w czasie ciąży jest traktowana jako coś, co może dotyczyć wyłącznie kobiet, zatem odmienne traktowanie oznacza dyskryminację (bezpośrednią) ze względu na płeć. Czasem wymaga to jednak istnienia stanu patologicznego lub szczególnego ryzyka dla dziecka. Nieobecność w pracy powiązana z drobnymi typowymi dla ciąży mniejszymi uciążliwościami jest traktowana jak każda inna choroba. W innych orzeczeniach choroba w trakcie ciąży bywa porównywana ze „zwykłą” chorobą, która może dotyczyć wszystkich pracowników niezależnie od płci. Widać także wyraźnie odmienne podejście do choroby pracownicy w trakcie ciąży i choroby powiązanej z ciążą (powstałej w następstwie ciąży), która trwa po zakończeniu urlopu związanego z macierzyństwem. Koniec urlopu związanego z macierzyństwem kończy bowiem okres szczególnej ochrony kobiet w ciąży⁴⁹. Trybunał pomija także koncepcję dyskryminacji pośredniej.

Chcąc jednak powołać się na wykładnię dokonywaną przez Trybunał, trzeba uwzględnić, że w ustawodawstwie polskim zostały przyjęte bardziej korzystne rozwiązania wobec pracownic w ciąży niż w innych krajach europejskich, do których odnosiły się przedstawione orzeczenia. W szczególności należy odnieść się do zakazu obniżania krajowych standardów ochronnych z powołaniem na przepisy unijne, nazywanego też zasadą ochrony⁵⁰ lub zasadą wzmożonej ochrony krajowej⁵¹. Preambuła dyrektywy 92/85/EWG oraz jej art. 1 ust. 3 wyraźnie wskazują, dyrektywa nie może mieć wpływu na obniżenie poziomu ochrony zapewnionej pracownikom w ciąży, pracownikom, które niedawno rodziły, lub

⁴⁹ R. Lang, *Complex Equality and the Court of Justice of the European Union. Reconciling Diversity and Harmonisation*, Boston: Bill 2018, s. 60.

⁵⁰ P. Rodière, *Droit social de l'Union Européenne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 2002, s. 104 i n.

⁵¹ N. Moizard, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée*, tom I, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2000, s. 101 i n.

karmiącym piersią w porównaniu z ich sytuacją w poszczególnych państwach członkowskich w momencie przyjęcia niniejszej dyrektywy. Podobnie art. 27 ust. 2 dyrektywy 2006/54 przewiduje, że jej wprowadzenie w życie nie może w żadnych okolicznościach stanowić podstawy do obniżenia poziomu ochrony pracowników w dziedzinach, do których ma ona zastosowanie. W tym kontekście trudno powoływać się na interpretację Trybunału wyrażoną w wyrokach *Pedersen* czy *McKenna*, powstałą w odniesieniu do przepisów dyrektywy, które zezwalają na obniżenie wynagrodzenia w trakcie urlopu macierzyńskiego i nie odnoszą się wcale do wynagrodzenia kobiet w ciąży, skoro przepisy polskie gwarantują kobiecie niezdolnej do pracy w czasie ciąży prawo do 100% wynagrodzenia lub zasiłku niezależnie od przyczyny, w sposób bardziej korzystny w porównaniu do choroby pracowników płci męskiej. Jak zatem uzasadnić zmniejszenie tej ochrony w kontekście obniżenia lub pozbawienia premii pracownicy nieobecnej w pracy w trakcie ciąży?

Pozwala to na wniosek, że skoro przepisy rangi ustawowej – Kodeksu pracy, ustawy zasiłkowej, a także ustawy o zwolnieniach grupowych⁵² – kierują się zasadą nieobniżania wynagrodzenia kobiety w okresie ciąży, także w razie choroby i związanej z nią nieobecności ciężarnej pracownicy w pracy, to również przepisy wewnątrzzakładowe powinny tę zasadę przyjmować. Zgodnie z art. 9 § 2 k.p. postanowienia układów zbiorowych i porozumień zbiorowych oraz regulaminów i statutów nie mogą być mniej korzystne niż przepisy Kodeksu pracy oraz innych ustaw i aktów wykonawczych. Tym samym nie można pozbawić pracownicy w ciąży prawa do premii lub obniżyć jej premię ze względu na nieobecność w pracy z powodu choroby. Choroba w trakcie ciąży dotyczy ze względów biologicznych wyłącznie kobiet, zatem różnicowanie ich uprawnień płacowych w zależności od obecności lub nieobecności w pracy prowadzi do dyskryminacji kobiet. W świetle przedstawionych rozważań w sytuacji, w której nieobecność w pracy ciężarnej pracownicy jest związana z patologicznym stanem zagrażającym jej zdrowiu lub ze szczególnym ryzykiem dla dziecka, jest mowa o dyskryminacji bezpośredniej. W przypadku innych przyczyn nieobecności w pracy w trakcie ciąży dane ZUS pokazują wyraźnie istnienie dyskryminacji pośredniej, gdyż nie istnieją obiektywne przyczyny mniej korzystnego traktowania pracownic w ciąży.

Drugim prócz choroby w trakcie ciąży powodem nieobecności w pracy kobiet mogą być zwolnienia z tytułu opieki nad dzieckiem lub innym chorym członkiem rodziny. Ustawa zasiłkowa z 1999 r. w art. 32 przewiduje prawo do zwolnienia od wykonywania pracy i zasiłku opiekuńczego z powodu konieczności osobistego sprawowania opieki nad dzieckiem w wieku do ukończenia 8 lat (m.in. w przypadku nieprzewidzianego zamknięcia żłobka, klubu dziecięcego, przedszkola lub

⁵² Ustawa z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1969 (art. 5 ust. 5).

szkoły, do których dziecko uczęszcza, oraz w przypadku choroby osoby sprawującej opiekę nad dzieckiem), a także opieki nad chorym dzieckiem w wieku do ukończenia 14 lat lub innym chorym członkiem rodziny, jeżeli pozostają we wspólnym gospodarstwie domowym z ubezpieczonym w okresie sprawowania opieki. Z art. 33 ustawy zasiłkowej wynika, że prawo do zasiłku opiekuńczego przysługuje przez okres zwolnienia od wykonywania pracy z powodu konieczności osobistego sprawowania opieki, maksymalnie przez 60 dni w roku kalendarzowym, jeżeli opieka sprawowana jest nad dziećmi lub przez okres 14 dni w razie opieki nad innymi członkami rodziny.

Przedstawione zwolnienie od pracy z zachowaniem prawa do zasiłku wykorzystywane jest najczęściej z powodu choroby dziecka. I choć przepisy przyznają to prawo „ubezpieczonym”, to w praktyce głównie korzystają z niego kobiety, co potwierdzają cytowane wcześniej dane statystyczne ZUS. Dlatego wprowadzenie w przepisach wewnątrzzakładowych lub umowach o pracę mechanizmów przewidujących nieprzyznawanie lub obniżanie premii pracownikom korzystającym z zasiłków opiekuńczych prowadzi do pośredniej dyskryminacji kobiet. Pozornie neutralne i dozwolone kryterium różnicowania (nieobecność w pracy związana z korzystaniem ze zwolnienia lekarskiego) stawia w mniej korzystnej sytuacji grupę pracowników, w której w rzeczywistości zdecydowanie przeważają kobiety.

Podobne stanowisko zajęła w ostatnim czasie judykatura włoska, uznając za pośrednią dyskryminację ze względu na płeć nieuwzględnianie m.in. okresu nieobecności w pracy z powodu korzystania ze zwolnienia lekarskiego w celu opieki nad dzieckiem w okresie efektywnej obecności w pracy, powiązanej z premią za efektywność. Trybunał Apelacyjny w Turynie w 2016 r. rozpatrywał sprawę, w której każdemu pracownikowi przyznano dodatkową premię roczną proporcjonalnie do przepracowanych dni w roku kalendarzowym. Trybunał uznał, że kryterium *prima facie* pozornie wydaje się neutralne, gdyż ma na celu zniechęcać do wykorzystywania nieobecności w pracy oraz nagradzać tych pracowników, którzy w przyjętym okresie byli w pracy obecni. W rzeczywistości jednak kryterium to penalizuje nieobecność w pracy z powodu choroby dziecka i stawia w mniej korzystnej sytuacji kobiety, które w porównaniu z mężczyznami zdecydowanie częściej (8/1 w rozpatrywanej sprawie) korzystają z tych zwolnień. Z tego względu Trybunał uznał, że w celu uniknięcia dyskryminacji przy przyznawaniu premii należy traktować nieobecność w pracy w celu sprawowania opieki nad dzieckiem (a także nieobecność z powodu urlopu macierzyńskiego i rodzicielskiego) na równi z okresem obecności w pracy. Rozwiązanie to aprobuje włoska doktryna⁵³.

⁵³ Wyrok Trybunału Apelacyjnego w Turynie z dnia 26 października 2016 r. n. 1858 z głosem M. Peruzziego: *Criteri di distribuzione dei premi dirisultato e possibili discriminazioni retributive de genere*, „Rivista Italiana Di Diritto Del Lavoro” 2017, Anno XXXVI Fasc. 2, s. 278 i n.

Ponadto premiowanie braku absencji chorobowych bez wyjątku, oprócz dyskryminacji pośredniej, wzmacnia też niekorzystny wpływ obowiązków rodzinnych na wynagrodzenia kobiet, które w większym stopniu biorą na siebie obciążenia rodzinne związane z wychowywaniem dzieci (lub opieką nad innym członkiem rodziny)⁵⁴, czemu stara się przeciwdziałać państwo w ramach prowadzonej polityki prorodzinnej⁵⁵. Z powodu obciążenia obowiązkami rodzinnymi kobiety częściej pracują w niepełnym wymiarze czasu pracy lub unikają nadgodzin, bądź wybierają zatrudnienie w sektorach i zawodach, które dają się pogodzić z tymi obowiązkami, lecz są gorzej opłacane. W efekcie statystycznie kobiety wykonują gorzej płatną pracę i nie zajmują kierowniczych stanowisk⁵⁶. W analizowanej sytuacji, będąc już zatrudnione, dodatkowo ponoszą negatywne konsekwencje finansowe związane z realizowaniem funkcji rodzicielskich czy opiekuńczych. Taka sytuacja może zostać również uznana za dyskryminację ze względu na obowiązki rodzinne⁵⁷, która – podobnie jak inne formy dyskryminacji – jest niedopuszczalna. Prowadzi także do swoistego błędnego koła – w razie konieczności opieki nad dzieckiem lub innym chorym członkiem rodziny to kobiety rezygnują z pracy, gdyż zarabiają mniej i ich rezygnacja oznacza mniejsze straty w dochodach dla gospodarstwa domowego. Jednocześnie to z powodu sprawowania funkcji opiekuńczych (macierzyńskich i wychowawczych) w rodzinie i mniejszej liczby godzin poświęcanych na pracę wynagrodzenia kobiet są niższe⁵⁸.

Wybór kryterium obecności w pracy dla oceny produktywności pracownika często jest także kryterium anachronicznym. Rozwój technologii oraz nowych form organizacji pracy, w tym praca zdalna i digitalizacja pracy utrudniają ocenę wyników pracy pracownika jedynie w kontekście liczby dni lub godzin przepracowanych na terenie zakładu pracy. Bardziej miarodajne jest odniesienie się do obciążenia pracą w danym okresie, ocena jej jakości oraz stopnia osiągnięcia indywidualnych lub zespołowych celów wyznaczonych przez pracodawcę⁵⁹.

⁵⁴ Por. badania GUS: *Praca a obowiązki rodzinne w 2010 r.*, Warszawa 2012 oraz P. Michoń, *Zatrzymana rewolucja? Zmiany w podziale pracy w gospodarstwach domowych*, „Polityka Społeczna” 2015, nr 2, s. 27 i n.

⁵⁵ Por. argumenty zmian związanych uprawnieniami rodzicielskimi w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 24 lipca 2015 r., druk sejmowy nr 3288.

⁵⁶ https://www.unecce.org/fileadmin/DAM/stats/documents/ece/ces/ge.30/2014/mtg_1/10_EST.pdf, s. 4 (dostęp: 15.04.2018 r.).

⁵⁷ <http://www.workplacefairness.org/family-responsibilities-discrimination> (dostęp: 15.04.2018 r.).

⁵⁸ B. Kalinowska-Nawrotek, *Dyskryminacja kobiet na polskim rynku pracy*, Poznań 2005, s. 97.

⁵⁹ Por. także G. Healy, M. Peruzzi, M. Półtorak, *Avoiding gender bias: the role of social partners*, (w:) H. Conley, D. Gottardi, G. Healy, B. Mikołajczyk, M. Peruzzi (red.), *The gender pay gap and social partnership in Europe*, Routledge 2019, s. 132.

V. PODSUMOWANIE

Przeprowadzone rozważania potwierdzają, że wprowadzenie w układach zbiorowych, regulaminach wynagradzania (premiowania) lub umowach o pracę premii za brak absencji chorobowych lub zmniejszanie premii w razie korzystania ze zwolnień lekarskich niezależnie od ich przyczyny prowadzi do dyskryminacji zatrudnionych kobiet. Dotyczy to nieprzyznawania premii lub jej zmniejszania z powodu korzystania ze zwolnienia lekarskiego w okresie ciąży lub w celu sprawowania opieki nad dzieckiem lub innym chorym członkiem rodziny. Z tego względu, wprowadzając taki fakultatywny mechanizm do regulacji płacowych, należy wskazać, że nieobecności w pracy z podanych przyczyn nie będą brane pod uwagę przy przyznawaniu lub zmniejszaniu premii. Tylko takie rozwiązanie będzie zgodne z zasadą równego wynagradzania pracowników i zakazem dyskryminacji ze względu na płeć.

BIBLIOGRAFIA

- Absencja chorobowa w 2016 roku*, Departament Statystyki i Prognoz Aktuarialnych ZUS, Warszawa 2017
- Absencja chorobowa w 2017 roku*, Departament Statystyki i Prognoz Aktuarialnych ZUS, Warszawa 2018
- Domańska M., *Zasada równości (zakaz dyskryminacji)*, (w:) A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010
- Florek L., *Dostosowanie polskiego prawa pracy do prawa unijnego ze szczególnym uwzględnieniem ostatniej nowelizacji Kodeksu pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 1
- Florek L., *Europejskie prawo pracy*, Warszawa 2010
- GUS, *Praca a obowiązki rodzinne w 2010 r.*, Warszawa 2012
- GUS, *Różnice w wynagrodzeniach kobiet i mężczyzn w Polsce w 2016 r.*, Bydgoszcz 2018
- Healy G., Peruzzi M., Półtorak M., *Avoiding gender bias: the role of social partners*, (w:) H. Conley, D. Gottardi, G. Healy, B. Mikołajczyk, M. Peruzzi (red.), *The gender pay gap and social partnership in Europe*, Routledge 2019
- Kalinowska-Nawrotek B., *Dyskryminacja kobiet na polskim rynku pracy*, Poznań 2005
- Kopyść A., Lenart B., Tonder R., *Urlopy rodzicielskie i zasiłki macierzyńskie. Zasady przyznawania, dokumentowania i wypłacania*, Warszawa 2016
- Kuba M., *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa 2017
- Lang R., *Complex Equality and the Court of Justice of the European Union. Reconciling Diversity and Harmonisation*, Boston: Bill 2018
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012
- Matey-Tyrowicz M., *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu w prawie wspólnotowym*, (w:) M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner (red.), *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku*, Warszawa 2002

- Mercat-Bruno M., *Des espaces d'innovation française en droit de la non discrimination à la lumière du droit européen et du droit américain*, COMPTRASEC-WPS/2015/15, Novembre 2015
- Michoń P., *Zatrzymana rewolucja? Zmiany w podziale pracy w gospodarstwach domowych*, „Polityka Społeczna” 2015, nr 2
- Mitrus L., *Wpływ regulacji wspólnotowych na polskie prawo pracy*, Kraków 2006
- Moizard N., *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée*, tom I, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2000
- Musiąła A., *Wynagrodzenie za „pierwszą pracę” na tle zasady niedyskryminacji*, (w:) Z. Niedbała (red.), *Prawo wobec dyskryminacji w życiu społecznym, gospodarczym i politycznym*, Warszawa 2011
- Peruzzi M., *Criteri di distribuzione dei premi dirisultato e possibili discriminazioni retributive de genere*, „Rivista Italiana Di Diritto Del Lavoro” 2017, Anno XXXVI Fasc. 2
- Prasolek Ł., *Ustawa o świadczeniach pieniężnych w razie choroby i macierzyństwa*, (w:) M. Gersdorf, B. Gudowska (red.), *Społeczne ubezpieczenia wypadkowe i chorobowe. Komentarz*, Warszawa 2012
- Rodière P., *Droit social de l'Union Européenne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 2002
- Rzetecka-Gil A., *Ustawa o świadczeniach pieniężnych w razie choroby i macierzyństwa*, Warszawa 2009
- Walczak K., *Zakaz dyskryminacji w wynagrodzeniu w świetle przepisów prawa i praktyka jego wdrażania*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2005, nr 1
- Wratny J., *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2016
- Wujczyk M., *Zakaz dyskryminacji w prawie pracy. Rozważanie porównawcze de lege lata i de lege ferenda na gruncie polskich i brytyjskich przepisów antydyskryminacyjnych*, Warszawa 2016
- Zalewska H., *Wydatki na świadczenia z ubezpieczeń społecznych związane z niezdolnością do pracy*, (w:) A. Kurzynowski (red.), *Zabezpieczenie społeczne a zdrowie publiczne*, Warszawa–Radom 2016

SICKNESS ABSENCES AND BONUSES IN THE CONTEXT OF EQUAL PAY OF MEN AND WOMEN

Summary

Labour law provisions provide employers with a far reaching autonomy in constructing pay systems, including additional remuneration components, such as bonuses and rewards. In consequence, it is possible to not to grant the bonuses or to lower their amount in case of employee's absence at work due to an illness. Such mechanisms aim to facilitate the management of sick leaves that often generate additional costs for employers.

However, additional bonuses should not be reduced or not granted if the employee is absent from work due to an illness occurring during her pregnancy or during the care allowance to take care of a child or other sick family member. This would lead to a pay discrimination of women and to lowering the level of protection of pregnant women provided by Polish labour law.

KEYWORDS

remuneration, indirect discrimination, absence at work, pregnancy, sick leave

SŁOWA KLUCZE

wynagrodzenie, dyskryminacja pośrednia, nieobecność w pracy, ciąża, opieka nad dzieckiem