

Toruń, dnia 22 czerwca 2018 r.

Pan  
Rafał Pietrucień  
Dyrektor Departamentu Rozwoju  
Regionalnego

WP-IV-084.8.2018

### **Opinia prawna**

Konieczność wydania niniejszej opinii prawnej powstała w związku z zapytaniem, czy wprowadzenie w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020 kryterium premiującego działania projektowe mające na celu zwiększenia zatrudnienia osób z orzeczonymi niepełnosprawnościami oraz osób w wieku poniżej 30 roku życia i powyżej 50 roku życia, będzie zgodne z przepisami prawa w szczególności z zakresu prawa pracy i ochrony danych osobowych.

W ramach kryterium merytorycznego punktowego nr C.2.6 pn. Utworzenie nowych miejsc pracy w przedsiębiorstwie w wyniku realizacji projektu, dla planowanego konkursu z Poddziałania 1.6.2 Dotacje dla innowacyjnych MŚP wprowadzone zostało podkryterium dotyczące zwiększenia zatrudnienia poprzez zatrudnienie osób należących do grup defaworyzowanych tj. osób z niepełnosprawnościami oraz w wieku powyżej 50 lat lub w wieku poniżej 30 lat. W związku z tym w ramach prac Komitetu Monitorującego pojawiły się wątpliwości dotyczące możliwości zastosowania wskazanego podkryterium jako kryterium premiujące/punktowe dla danego konkursu, które nie ma minimalnej liczby punktów niezbędnej do spełnienia kryterium w świetle obowiązujących przepisów prawnych. Zastrzeżenia dotyczyły tego, iż gdyby wnioskodawca we wniosku o dofinansowanie dokonał wyboru tego podkryterium, to aby je spełnić musiałby dopuścić się naruszenia przepisów prawa pracy dotyczących równego traktowania pracowników w zakresie nawiązywania stosunku pracy, w tym w szczególności możliwości warunkowania zatrudnienia od posiadania orzeczenia o niepełnosprawności lub wieku kandydata na pracownika. Szczególną uwagę zwrócono na brak możliwości ujmowania powyższych warunków, jako bezwzględnie wymaganych, wprost w ogłoszeniu o pracę. Ponadto wskazywano, iż proces rekrutacji pracownika powinien uwzględniać zapisy Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady

(UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

Zgodnie z art. 18<sup>3a</sup> § 1 i § 2 kodeksu pracy pracownicy powinni być równo traktowani między innymi w zakresie nawiązania stosunku pracy w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. A równe traktowanie oznacza niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio, z przyczyn wyżej wskazanych. Z kolei zgodnie z art. 18<sup>3b</sup> § 3 kodeksu pracy naruszeniem zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie będą działania podejmowane przez określony czas, zmierzające do wyrównywania szans wszystkich lub znacznej liczby pracowników wyróżnionych z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18<sup>3a</sup> § 1, przez zmniejszenie na korzyść takich pracowników faktycznych nierówności, w zakresie określonym w tym przepisie.

Tak więc art. 18<sup>3a</sup> § 1 kp zawiera wyliczenie przyczyn, w oparciu o które różnicowanie sytuacji pracowników oraz kandydatów do pracy jest zabronione. Przyczyny te obejmują w szczególności płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także rodzaj zatrudnienia (na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy). Natomiast art. 18<sup>3b</sup> k.p. ustanawia szczególny wyjątek od ogólnego zakazu nierównego traktowania pracowników, wprowadzając tzw. pozytywną dyskryminację.

Pozytywna dyskryminacja oznacza zatem podejmowanie działań mających na celu wyrównywanie szans. Polegają one na zmniejszeniu faktycznych nierówności, które mają swoje źródło np. w płci, narodowości, czy wieku pracowników, gdyż z reguły cechy te są przyczyną mniej korzystnego traktowania ich w zatrudnieniu. Działania te będą korzystne dla niektórych grup, kosztem pracowników którzy do nich nie należą. Art. 18<sup>3b</sup> § 3 kp nie przewiduje ograniczeń podmiotowych w odniesieniu do pracodawców. Oznacza to, że co do zasady każdy pracodawca może stosować dyskryminację pozytywną pod warunkiem wypełnienia przesłanek określonych w tym przepisie.

Jak wynika z powyższego, polskie prawo pracy zawiera regulacje pozwalające na podejmowanie działań mających na celu wyrównywanie szans niektórych grup pracowników.

Działania takie powinny mieć obiektywne uzasadnienie, ustalony z góry zakres czasowy i być proporcjonalne do zamierzonego celu.

Zatem nie każde odmienne traktowanie określonych osób jest dyskryminacją. Niekiedy odmienne traktowanie jest uzasadnione, np. może prowadzić do wyrównania sytuacji osób szczególnie narażonych na dyskryminację, np. wyrównywanie szans osób z niepełnosprawnościami na rynku pracy. Wobec tego pozytywna dyskryminacja jest dozwolona, jednak może być stosowana obiektywnie i racjonalnie wyłącznie w określonym czasie – tak, aby nie przerodziła się w dyskryminację osób należących do grup większościowych, wcześniej uprzywilejowanych.

W związku z powyższym wprowadzenie kryterium, którego celem będzie aktywizacja zawodowa młodych osób do 30 roku życia, jak również przeciwdziałanie wykluczeniu zawodowemu osób powyżej 50 roku życia oraz osób niepełnosprawnych, nie będzie stanowiło naruszenia zasady równego traktowania, albowiem służyć ono ma wyrównywaniu szans tych osób wobec innych.

Także potencjalni wnioskodawcy projektów realizując przedmiotowe kryterium mogą przy rekrutacjach pracowników stosować rozwiązania, które nie będą w sprzeczności z przepisami prawa pracy. Chcąc bowiem wskazać zainteresowanie zatrudnieniem osób powyżej 50 roku życia lub poniżej 30 roku życia, bez wskazywania preferowanego wieku (byłoby to niezgodne z przepisami prawa), pracodawca w ofercie pracy może zamieścić takie komunikaty jak: „Twój wiek nie ma dla nas znaczenia”; „Mile widziane osoby w każdym wieku”. Natomiast jeśli pracodawcy zależy na zwróceniu uwagi osób niepełnosprawnych na dane ogłoszenie rekrutacyjne powinien zamieścić informację, że osoby niepełnosprawne są mile widziane, wskazując przy tym, że np. siedziba firmy jest dostosowana do potrzeb osób niepełnosprawnych (posiada podjazdy, szerokie korytarze, czy windy dla wózków itd.). Uzasadnione jest także bardzo precyzyjne określenie obowiązków danej osoby. Na podstawie tak skonstruowanego ogłoszenia o pracę osoba niepełnosprawna będzie mogła podjąć decyzję, czy warto by składała swoją aplikację.

Tak przeprowadzane procesy rekrutacyjne pracowników w celu spełnienia omawianego podkryterium pozostaną w zgodzie z przepisami dotyczącymi ochrony danych osobowych w tym również z ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych. Pracodawca bowiem będzie mógł zweryfikować, czy dana osoba mieści się w grupie defaworyzowanej w oparciu o dane osobowe, których udzielenia może się domagać zgodnie z przepisami prawa. I tak art. 22<sup>1</sup> k.p. określa dane osobowe, których podania może domagać się pracodawca od osoby ubiegającej się o zatrudnienie, a także od pracownika. Z § 1 rzeczono przepisu

wynika, iż od kandydata na pracownika pracodawca może domagać się podania imienia (imion) i nazwiska, imion rodziców, daty urodzenia, miejsca zamieszkania (adresu do korespondencji), wykształcenia i przebiegu dotychczasowego zatrudnienia, czyli już w oparciu o te dane będzie można ustalić, czy dana osoba mieści się w grupie wiekowej do 30 roku życia lub po 50 roku życia.

Trochę inaczej wygląda sytuacja w przypadku osób niepełnosprawnych. Bowiem pracownik nie ma obowiązku informowania pracownika o posiadanym stopniu niepełnosprawności i jeżeli osoba sama w swojej ofercie pracy takiej informacji nie zawarła, ani też niepełnosprawność nie jest widoczna, to pracodawca takiej informacji nie może żądać. Jednakże art. 22<sup>1</sup> k.p. w § 2 uprawnia pracodawcę do żądania od pracownika podania informacji, niezależnie od danych osobowych, o których mowa w § 1, także innych danych osobowych pracownika, jeżeli podanie takich danych jest konieczne ze względu na korzystanie przez pracownika ze szczególnych uprawnień przewidzianych w prawie pracy. W tej kategorii mieści się również informacja o stopniu niepełnosprawności. Więc osoba z niepełnosprawnością, jeżeli chce skorzystać z uprawnień pracowniczych przysługujących osobom o tym statusie, musi powiadomić pracodawcę o swojej niepełnosprawności. Natomiast decyzja o zgłoszeniu pracodawcy faktu posiadania orzeczenia o stopniu niepełnosprawności należy wyłącznie do pracownika.

Podsumowując, dopuszczalne jest wprowadzenie jako kryterium mające na celu zwiększenie zatrudnienia osób z orzeczonymi niepełnosprawnościami oraz osób w wieku poniżej 30 roku życia i powyżej 50 roku życia, do konkursów skierowanych do sektora przedsiębiorczości.

11-639 RADCA PRAWNY  
Mariusz Ciatowicz