



Sygn. akt II PK 229/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 listopada 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Halina Kiriło

SSN Krzysztof Rączka

Protokolant Małgorzata Ślubowska

w sprawie z powództwa M. G.

przeciwko [...] Towarzystwu Ubezpieczeń [...] Spółce Akcyjnej w S.

o odszkodowanie,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w dniu

7 listopada 2018 r.,

skargi kasacyjnej powódki od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Pracy i

Ubezpieczeń Społecznych w G.

z dnia 9 marca 2017 r., sygn. akt VII Pa [...],

- 1) oddała skargę kasacyjną,**
- 2) nie obciąża powódki kosztami postępowania kasacyjnego strony pozwanej.**

UZASADNIENIE

Powódka M. G. w pozwie wniesionym przeciwko pozwanej [...] Towarzystwu Ubezpieczeń [...] Spółce Akcyjnej w S. domagała zasądzenia od pozwanej na swoją rzecz kwoty 20.000 zł, tytułem odszkodowania za naruszenie zasady

równego traktowania przez dopuszczenie do jej molestowania seksualnego przez pracownika pozwanego M. K., wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 27 maja 2012 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanej zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Rejonowy w G. wyrokiem z dnia 27 października 2016 r. oddalił powództwo i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Sąd Rejonowy ustalił, że powódka była zatrudniona u pozwanej na podstawie kolejno zawieranych umów o pracę od dnia 1 listopada 2008 r., początkowo na czas określony, a od dnia 1 maja 2009 r. na czas nieokreślony. Pracowała tam najpierw na stanowisku młodszego specjalisty ds. reasekuracji w Biurze Reasekuracji, następnie, od dnia 1 marca 2009 r., na stanowisku menedżera projektu w Biurze Ubezpieczeń Indywidualnych, a od dnia 11 maja 2010 r. na stanowisku menedżera projektu w Dziale Menedżerów Produktów - Biurze Ubezpieczeń Indywidualnych.

Sąd pierwszej instancji ustalił ponadto, że M. K. w dniu 28 marca 2009 r. wysłał do powódki następujące wiadomości tekstowe za pośrednictwem telefonu komórkowego: o godzinie 01:06:55 - „Jak mogłaś mnie tak zostawić”, „Straszna jesteś”, o godzinie 01:17:51 - „Dlaczego mnie nie zawołasz, chciałem cię tylko pocałować... okrutnico... tylko pocałować... tylko... przytulić...”, o godzinie 01:23:09 - „Why?”, o godzinie 07:42:15 - „20 minut to go pomóc ci się ubrać”. Następnie w dniu 29 marca 2009 r. o godzinie 15:14:11 napisał do niej: „ja mam ten idealny plan... ty masz ten idealny stan”. Kolejnego smsa wysłał w dniu 1 kwietnia 2009 r. o godzinie 21:34:33 o treści: „nie zrozumiesz nigdy bo nie jesteś facetem! uwielbiam cię! Szanuję”. W dniu 2 kwietnia 2009 r. o godzinie 13:21:17 napisał: „mimo wszystko b. mam na ciebie ochotę!”, a o godzinie 14:20:45: „Poleżymy razem na tyżeczce”. W dniu 7 kwietnia 2009 r. o godzinie 16:56:31 wysłał do powódki kolejnego smsa o treści: „Wiedziałem, że na dobre słowo nie ma co liczyć”. Wiadomości te zostały spisane przez notariusza Z. K., który w protokole podał także, że oprócz smsów, które zostały przez niego spisane z pamięci telefonu, znajdowały się również inne sms-y, przy czym stawająca nie żądała ujęcia ich treści w protokole.

Większość opisanych wyżej wiadomości tekstowych była wysyłana w czasie, kiedy powódka i M. K. byli w delegacji w M. k. K.. Były one wysyłane po zakończonej wspólnej zabawie. Tego wieczora tańczyli razem.

M. K. umieścił również na tablicy korkowej wiszącej przy biurku powódki notatkę o treści: „dla tej co usta ma piękne choć język wywali czasem” i podpisał go „Boski K.". Przewisko K. nadali mu koledzy, a powódka czasami go przezywała: Boski K.. Sama zwracała się do niego w formie żartobliwej słowami: „niski człowieku o kaprawych oczkach”.

Sąd Rejonowy ustalił też, że powódka nie skarżyła się na nieprawidłowe zachowanie M. K.. Potrafiła jasno powiedzieć, czego chce i czego sobie nie życzy. Współpracownicy nie zauważyli żadnych niewłaściwych zachowań wobec niej ze strony M. K.. Uważali, że powódkę łączą z nim bardzo dobre relacje, widać było, że bardzo się lubili. Nie zauważyli, aby obawiała się z nim przebywać sam na sam. W biurze pracowało około 10 osób. Ilość mężczyzn i kobiet była podobna. Wszyscy pracowali w otwartym pomieszczeniu poza M. K. i M. S., którzy mieli swoje oddzielne gabinety. Mężczyźni nie byli faworyzowani. W biurze była dobra atmosfera. M. K. nikogo specjalnie nie wyróżniał, potrafił powiedzieć, kiedy ktoś zrobił coś nie tak. Czasem miał również zarzuty do powódki, miały one jednak charakter służbowy. Powódka źle je odbierała. Powódkę łączyły z M. K. relacje przyjacielskie, zrodziła się między nimi więź emocjonalna. W tamtym czasie jego opuściła żona, a powódka była po rozwodzie i to ich zbliżyło. Spotkali się na rolkach. Przełożony czuł, że była nim zainteresowana i to mu imponowało. Pozwalali sobie na czułości. Te relacje zakończyły się w kwietniu 2009 r. i od tego momentu łączyła ich tylko koleżeńska więź. M. K. w maju - czerwcu 2009 r. zaczął spotykać się z inną partnerką i z tego związku w 2010 r. urodziło się dziecko. Powódka była postrzegana jako osoba sympatyczna, ale jednocześnie bardzo wrażliwa. Miała duże wahania nastroju, była emocjonalna. Zdarzyło się, że jedna pracownica powiedziała jej, że blado wygląda, a powódka się na nią obraziła. M. S. była wymagającym szefem, ale sprawiedliwym. Nie faworyzowała mężczyzn. W grupie współpracowników była koleżeńska atmosfera, powódka nie była izolowana. Z kolei M. K. nie zachowywał się niewłaściwie w stosunku do innych koleżanek, był osobą otwartą, wesołą. W wiadomości e-mail z dnia 12 maja 2010 r. napisał: „M.. Dziękuję

za udział w spotkaniu i jednocześnie gratuluję profesjonalnej postawy i zaangażowania, otrzymałem same pozytywne sygnały po spotkaniu, to była dobra robota. Można powiedzieć, że chrzest bojowy w ciężkich warunkach masz za sobą”. Powódka odpowiedziała mu: „Dziękuję M.. Takie słowa uznania powodują, że chce się wstać rano do pracy ;) dzięki ;)”. M. K. odpisał, że był miło zaskoczony - „dałaś radę !!! i to w dobrym stylu!”. Kiedy zaś w listopadzie 2010 r. poprosił powódkę za pośrednictwem poczty elektronicznej, aby została opiekunem programu i zajęła się stażystą, odpowiedziała mu: „ok;) Mam nadzieję, że będzie przystojny”. W odpowiedzi otrzymała wiadomość o treści: „©”. W dniu 30 listopada 2010 r. powódka napisała do M. K.: „zlikwidowałam szkodę! Wreszcie. Z T.”. Odpowiedział jej: „Brawo © pierwsze koty za płoty...©”. Powódka wówczas napisała: „Najgorsze były te wszystkie techniczne niespójności. Czekania na A.... teraz już powinno być lepiej” i uzyskała odpowiedź: „Oki © powodzenia”. We wrześniu 2010 r. przełożony chwalił powódkę za przygotowanie prezentacji i dobór zdjęć. Pochwalił ją również za efekt. Powódka bardzo dobrze robiła prezentacje, ale nie radziła sobie z terminami, informacje przygotowywała nieprecyzyjnie, nie konsultowała się z osobami, które miały większą od niej wiedzę. Miała świadomość swoich braków i wiedziała, że M. S. nie jest z niej zadowolona.

Powódka przebywała na zwolnieniu lekarskim od dnia 1 marca 2011 r. do dnia 24 maja 2011 r. Zwolnienie lekarskie zostało wystawione przez specjalistę psychiatrę. Jego zasadność nie została zakwestionowana przez ZUS za okres od dnia 29 marca 2011 r. do dnia 26 kwietnia 2011 r.

Praca powódki wiązała się z wyjazdami dwudniowymi lub kilkudniowymi w ciągu miesiąca. Powódce zdarzało się także wyjeżdżać z M. K.. Nie zgłaszała żadnych uwag w tym zakresie swojej przełożonej. Powódka nie przeszła w pozwanej spółce żadnego szkolenia z zakresu mobbingu czy molestowania. W wiadomości e-mail z dnia 8 września 2010 r. zwróciła się do swojej przełożonej M. S. z prośbą o spotkanie. Wyjaśniła, że M. K. zarzucił, że jej koleżeńskie zachowania pozostawiają wiele do życzenia w grupie. Podał przykład, że kiedy wróciła ze zwolnienia chorobowego na jego uprzejme pytanie: „Jak zdrowie?”, podobno odburknęła (a właściwie według jego słów: „chamsko” odpowiedziała, że: „bywało lepiej”). Swoją wypowiedź poparł nadto przykładami od kolegów S. i Ł.,

którzy często skarżyli się, że powódka bywa smutna, małowólna itp., że boją się odzywać, bo nie wiedzą, z jaką reakcją się spotkają. Powódka podała również, że była tym zaskoczona, ponieważ odbierała inny nastrój w pokoju, w którym z nikim nie popadała w konflikty, ze wszystkimi współpracowała, rozmawiała i nie widziała podstaw do takich oskarżeń. Zadeklarowała jednocześnie, że jest otwarta na konstruktywną krytykę i jeśli w jej postawie jest coś niewłaściwego, to chciałaby o tym wiedzieć, by móc to naprawić. M. S. tego samego dnia zgodziła się na takie spotkanie i podkreśliła, że zależy jej na dobrej atmosferze w pracy. Następnego dnia powódka poinformowała ją, że do spotkania doszło i że ma nadzieję, iż wiele nieporozumień zostało wyjaśnionych.

Sąd Rejonowy ustalił również, że w dniu 14 sierpnia 2009 r. biuro zarządu w wiadomości e-mail poinformowało wszystkich w grupie [...] o ogłoszeniu Kodeksu postępowania pracowników [...] oraz reguł przeciwdziałania nadużyciom. Wskazano w nim jednocześnie, że w razie wątpliwości interpretacyjnych pomocą mają służyć Panowie G. B. - dyrektor Biura Zarządu, G. C. - Dyrektor Biura Kontroli Wewnętrznej oraz inne osoby wskazane w tych dokumentach jako doradcy odnośnie do właściwego postępowania w określonych sytuacjach biznesowych. W punkcie 3. Kodeksu postępowania dla pracowników grupy [...] zawarto zakaz dyskryminacji. Podano, że spółka oczekuje od wszystkich pracowników poszanowania godności osobistej, prywatności i prawa do odrębności osobistej każdego człowieka. Nie toleruje żadnych przejawów dyskryminacji, molestowania seksualnego, prześladowania, czy obraźliwego zachowania. Podobnie nie toleruje żadnych przejawów zastraszania, przemocy ani groźby stosowania przemocy.

W dniu 20 stycznia 2011 r. powódka została wezwana przez M. S. na spotkanie, w którym uczestniczył także M. K.. Dyrektor odczytała jej listę zarzutów, było tam około 15-16 punktów. Z pisma wynikało, że powódka źle wykonuje swoje obowiązki, nie jest przydatna do pracy, a także jest niekoleżeńska. W trakcie rozmowy zaproponowano jej możliwość rozwiązania umowy o pracę na zasadzie porozumienia stron. Powódka uznała to za świetną propozycję i napisała odręcznie wniosek o rozwiązanie umowy w tym trybie. Następnie poproszono ją o opuszczenie budynku. Rozmowa przebiegła w spokojnej atmosferze. Umowa o pracę z M. G. została rozwiązana z dniem 28 lutego 2010 r. Do końca okresu

zatrudnienia została zwolniona z obowiązku świadczenia pracy. Wynagrodzenie powódki stanowiące podstawę do wyliczenia ekwiwalentu za urlop wynosiło 5.000 zł.

Powódka już po ustaniu zatrudnienia u pozwanej poinformowała pozwaną, że była molestowana przez M. K.. Pozwana uznała jednak, że na tym etapie właściwą do rozstrzygnięcia sporu powinna być droga sądowa. Powódka wnioskiem z dnia 24 lipca 2012 r. wezwała więc pozwaną do próby ugodowej, domagając się zapłaty odszkodowania za dyskryminację w zatrudnieniu, molestowanie seksualne, stosowanie mobbingu oraz zadośćuczynienia za rozstrój zdrowia wywołany mobbingiem. Strony nie porozumiały się jednak.

Matka powódki S. G. napisała list do prezesa pozwanej, w którym opisała niewłaściwe zachowania i atmosferę panującą w miejscu pracy jej córki. W lutym uzyskała odpowiedź, że jej list został przeanalizowany wnikliwie oraz zapewnienie, że cała korespondencja, która trafia do firmy jest uważnie czytana przez jej adresatów, niezależnie od ich szczebla.

Powołując się na tak ustalony stan faktyczny sprawy, Sąd Rejonowy przypomniał, że z kodeksowej definicji molestowania seksualnego wynika, że jest to każde nieakceptowane zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika. Przypadki molestowania seksualnego mają miejsce, gdy celem lub skutkiem takiego działania jest naruszenie godności lub poniżenie albo upokorzenie pracownika. Molestowanie seksualne to pojęcie prawne, które może obejmować wszelkie nieakceptowane przez adresata przejawy zachowania fizycznego, werbalnego lub pozawerbalnego. Podstawowa cecha molestowania seksualnego tkwi w fakcie, że jest ono odczuwane jako niepożądane przez osobę (kobietę lub mężczyznę), która jest przedmiotem takiego zachowania. Ustawodawca zakłada bowiem, że każda osoba sama określa, jakie zachowanie może zaakceptować, a jakie uważa za obraźliwe. Dlatego zainteresowanie seksualne staje się molestowaniem seksualnym, gdy osoba będąca obiektem takiego zainteresowania okaże wyraźnie, że uznaje je za obraźliwe. Każde nieakceptowane zachowanie o podłożu lub konotacji seksualnej może być kwalifikowane jako przypadek molestowania seksualnego. Bez znaczenia dla

kwalifikacji prawnej jest, czy określony akt to oderwany przypadek, czy jeden z przypadków w serii działań podjętych wobec określonej osoby.

Uwzględniając powyższe uwagi, Sąd pierwszej instancji stwierdził, iż jedyny obiektywny dowód potwierdzający, że M. K. wysyłał do powódki wiadomości o zabarwieniu seksualnym, stanowiły wiadomości sms wysłane do niej pod koniec marca i kwietnia 2009 r. Powódka udała się do notariusza, który następnie spisał te konkretne smsy. Jednocześnie zaznaczył, że oprócz tych wiadomości w pamięci telefonu znajdowały się również i inne, przy czym powódka nie żądała ujęcia ich w protokole sporządzanym przez notariusza. Zdaniem Sądu Rejonowego, wiadomości te nie mogły dowodzić tego, że takie zachowania były nieakceptowane przez powódkę - brak było bowiem choćby jednego stwierdzenia, w którym powódka dałaby wyraz swojej niechęci do przełożonego.

Sąd pierwszej instancji zwrócił także uwagę, że powódka w swoich zeznaniach przywołała szereg zachowań M. K., których rzekomo nie akceptowała, jednak żaden ze świadków przesłuchanych w toku postępowania sądowego nie zauważył jakichkolwiek niewłaściwych zachowań M. K. w stosunku do powódki. Wszyscy podkreślali dobrą atmosferę w miejscu pracy i bardzo dobre, wręcz przyjacielskie relacje między nimi. Nikt też nie zauważył, aby coś się w zachowaniu M. K. zmieniło. Chodziło w szczególności o twierdzenia powódki o jego rzekomym agresywnym zachowaniu, które pojawiło się w momencie, kiedy uświadomił sobie, że między nimi do niczego nie dojdzie.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że dobre, wręcz przyjacielskie relacje potwierdzały także wiadomości e-mail, które zostały załączone do akt sprawy i dotyczyły 2010 r. Wynikało z nich, że przełożony powódki, który według niej podważał jej kompetencje i wykształcenie, chwalił ją, gratulował i okazywał wsparcie. Sposób formułowania tych wiadomości potwierdzał też, że nie łączyła ich relacja typowo służbowa, ale wręcz przeciwnie wskazywał na swobodny związek między ludźmi, którzy się po prostu lubią. Wiadomości te nie miały charakteru oficjalnego, były bogate w emotikony, a czasami wręcz przybierały żartobliwą formę, dotyczyły także spraw prywatnych. Nie można było zatem zgodzić się ze stanowiskiem powódki, że „kształt” tych wiadomości wynikał jedynie z jej strachu przed przełożonym i chęci zaskarżenia sobie jego sympatii w celu uniknięcia

eskalacji agresywnych zachowań z jego strony. Gdyby tak było, owe wiadomości nie miałyby aż tak odformalizowanego przekazu.

Podsumowując swoje rozważania, Sąd Rejonowy uznał, że brak było podstaw do przyjęcia, że powódka była molestowana przez swojego przełożonego. Dlatego też, na podstawie art. 18^{3d} k.p. a *contrario* Sąd ten oddalił powództwo.

Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w G. wyrokiem z dnia 9 marca 2017 r., wydanym na skutek apelacji wniesionej przez powódkę od wyroku Sądu pierwszej instancji, oddalił tę apelację oraz rozstrzygnął o kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Okręgowy w pełni podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Rejonowy i uczynił je podstawą swego rozstrzygnięcia. Podzielił również dokonaną przez Sąd pierwszej instancji ocenę materiału dowodowego, a także w przeważającej mierze poczynione przez ten Sąd rozważania prawne. Nie uwzględnił natomiast podniesionych w apelacji zarzutów naruszenia przepisów postępowania oraz przepisów prawa materialnego.

W szczególności Sąd drugiej instancji zaaprobował zaprezentowaną przez Sąd pierwszej instancji argumentację odnoszącą się do dowodu z wiadomości tekstowych sms, uznając za trafne stwierdzenie tego Sądu, że w sytuacji, gdy z oświadczenia notariusza wynikało, że w wykazie korespondencji znajdowały się również inne wiadomości tekstowe, fakt niezaprezentowania przez powódkę w toku postępowania pełnej historii korespondencji prowadzonej przez nią z M. K. uniemożliwił ustalenie, że treści kierowane do powódki nie były przez nią akceptowane. Co więcej, zdaniem Sądu drugiej instancji, tego rodzaju postawa powódki pozwalała domniemywać, że wystosowywała ona do M. K. treści, których ujawnienie w toku niniejszego postępowania w jej mniemaniu nie było wskazane, gdyż podważałoby przyjętą przez nią taktykę procesową. Choć więc miała ona rację, wskazując, że na gruncie niniejszej sprawy to na pozwanej spoczywał ciężar wykazania, że nie dopuściła się naruszenia zasady równego traktowania, a na powódce wyłącznie obowiązek uprawdopodobnienia naruszenia, to jednak należało zważyć, że z dowodów zaferowanych przez pozwaną, szczegółowo omówionych przez Sąd Rejonowy, jednoznacznie wynikało, że zachowania M. K. nie miały charakteru nieakceptowanego przez powódkę. Brak było zatem podstaw do

obarczenia pozwanej obowiązkiem podejmowania inicjatywy dowodowej w celu wykazania, że zaprezentowane przez powódkę konkretne wiadomości sms pochodzące z 2009 r. zostały przez nią pozytywnie przyjęte, zwłaszcza że dowodzenie tego rodzaju konkretnych okoliczności przez pozwanego byłoby obecnie połączone ze znacznymi trudnościami technicznymi bądź wręcz niemożliwe „z uwagi na szerokie spektrum czynności potencjalnie podejmowanych w obrębie określonych nośników danych na przestrzeni tego długiego okresu”. Sąd Okręgowy nie podzielił również twierdzeń powódki, że z samej treści zaprezentowanych przez nią wiadomości tekstowych sms wynikało, iż były one niepożądane przez powódkę. Niewątpliwie sam fakt, że propozycje wysuwane przez M. K. nie zostały urzeczywistnione, nie świadczył bowiem o tym, że treści w nich zawarte były przez powódkę niepożądane. Obie te kwestie musiały podlegać rozdziałowi, jako że tego rodzaju wiadomości bezsprzecznie mogły być poczytywane jako element aprobowanego przez powódkę flirtu.

Zdaniem Sądu Okręgowego, niezasadny był również powoływany przez powódkę zarzut pominięcia jej wniosku o zobowiązanie pozwanej do złożenia regulaminu pracy obowiązującego w 2009 r. Dowód z regulaminu pracy nie miał bowiem jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż kluczowe znaczenie miało w niej ustalenie, czy w stosunku do powódki były podejmowane przez M. K. zachowania odpowiadające kodeksowej definicji molestowania seksualnego. Tylko w przypadku potwierdzenia zaistnienia przesłanek tego zjawiska, należałoby zatem rozważyć zasadność dokonania analizy wewnątrzzakładowych aktów regulujących prawa i obowiązki pracowników.

Odnosząc się natomiast do podniesionych w apelacji zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego, to jest: 18^{3b} § 1 *in fine* k.p., ewentualnie art. 14 ust. 1-3 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, art. 6 k.c. w związku z art. 300 k.p. oraz art. 18^{3d} w związku z art. 94 pkt 2b k.p., Sąd Okręgowy uznał, że zarzuty te były niezasadne. Zaznaczył przy tym, że wobec faktu, że materiał dowodowy zgromadzony w toku niniejszego postępowania nie pozwalał na ustalenie, że pracodawca naruszył wobec powódki zasadę równego traktowania w zatrudnieniu

przez dopuszczenie do jej molestowania seksualnego, roszczenie powódki nie mogło zasługiwać na uwzględnienie.

Powódka M. G. wniosła do Sądu Najwyższego skargę kasacyjną od wyroku Sądu Okręgowego z dnia 9 marca 2017 r., zaskarżając ten wyrok w całości i zarzucając mu:

1) naruszenie prawa materialnego, to jest:

a. art. 18^{3a} § 6 k.p., przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że propozycje seksualne, które nie materializują się w czynnościach seksualnych ze względu na brak zgody adresata propozycji bezsprzecznie mogą być poczytywane jako element aprobowanego flirtu, podczas gdy przyjęcie takiej reguły jest wprost sprzeczne z kodeksową definicją molestowania seksualnego i prowadzi do usankcjonowania wszelkich przejawów molestowania seksualnego niełączyących się z nadużyciem fizycznym;

b. art. 18^{3b} § k.p. oraz art. 14 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (dalej jako ustawa antydyskryminacyjna), przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na błędnym obciążeniu skarżącej ciężarem dowodu w sprawie i pozbawione podstaw prawnych zastosowanie ogólnej reguły dowodowej określonej w art. 6 k.c. w związku z art. 300 k.p., podczas gdy sąd winien był przenieść ciężar dowodu na pozwaną w całości;

c. art. 18^{3a} § 6 k.p. w związku z art. 18^{3b} § 1 k.p. oraz art. 14 ustawy antydyskryminacyjnej, przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na błędnym obciążeniu skarżącej ciężarem dowodu w zakresie wykazania sprzeciwu wobec molestowania seksualnego, podczas gdy sąd winien był zastosować regułę przeniesienia ciężaru dowodu na pozwanego także w zakresie wykazania sprzeciwu wobec molestowania seksualnego;

d. art. 94 pkt 2b k.p., przez jego niezastosowanie, podczas gdy w postępowaniu o roszczenia dotyczące dyskryminacji sąd ma obowiązek każdorazowo badać, czy pozwany uczynił zadość wskazanej normie prawnej poprzez podjęcie skutecznych działań przeciwdziałających dyskryminacji;

2) naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, to jest:

a. art. 244 k.p.c., przez dokonanie subsumpcji z oparciem się na treści dowodu z aktu notarialnego ponad jego osnowę,

b. art. 231 k.p.c., przez ustanowienie domniemania faktycznego niedopuszczalnego w sprawie opartej na zarzucie molestowania seksualnego, a więc posłużenie się niedopuszczalnym instrumentarium procesowym; zarzut ten opiera się na krytyce procedowania Sądu drugiej instancji w sprawie, a nie oczekiwaniu dokonania odmiennych ustaleń faktycznych do poczynionych przez Sąd.

Powołując się na tak sformułowane zarzuty kasacyjne, skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w G. w całości i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Sąd Najwyższy zarzutów naruszenia prawa procesowego, o orzeczenie co do istoty sprawy przez zasądzenie na rzecz skarżącej kwoty 20.000 zł, zasądzenie od pozwanej na rzecz skarżącej kosztów postępowania, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego za pierwszą i drugą instancję oraz w postępowaniu kasacyjnym, a także o nieobciążanie skarżącej kosztami procesu na zasadzie art. 102 k.p.c. w przypadku niekorzystnego dla niej rozstrzygnięcia.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozpatrywana w niniejszym postępowaniu skarga kasacyjna jest nieuzasadniona.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do sformułowanych w tej skardze zarzutów naruszenia przepisów postępowania, Sąd Najwyższy zauważa, że sposób ich skonstruowania jest oczywiście wadliwy. Zarówno art. 231 k.p.c., jak i art. 244 k.p.c. ze swej istoty odnoszą się bowiem do postępowania przed sądem pierwszej instancji. Tymczasem przedmiotem analizy w postępowaniu kasacyjnym jest postępowanie poprzedzające wydanie wyroku przez sąd drugiej instancji (art. 398¹ § 1 k.p.c.). Prawidłowe powołanie w ramach zarzutów kasacyjnych tych przepisów wymaga zatem równoczesnego powołania przepisów regulujących postępowanie apelacyjne, w szczególności art. 391 § 1 k.p.c., czego skarżąca jednak nie czyni.

Niezależnie od tego, Sąd Najwyższy przypomina, że art. 231 k.p.c. dotyczy oceny dowodów i dokonywanych na jej podstawie ustaleń faktycznych, wobec czego nie może być skutecznie powoływany jako podstawa zaskarżenia, skoro w myśl art. 398³ § 3 k.p.c., podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów, a zgodnie z art. 398¹³ § 2 k.p.c., Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego wyroku, co oznacza, że musi je uwzględnić przy rozpoznawaniu podniesionych w skardze zarzutów naruszenia prawa materialnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2007 r., I CSK 428/06, LEX nr 485986 oraz postanowienia: z dnia 11 września 2012 r., II PK 218/12, LEX nr 1747659; z dnia 13 lutego 2014 r., I UK 406/13, LEX nr 1646931 i z dnia 26 kwietnia 2018 r., IV CSK 578/17, LEX nr 2497711).

Co zarzutu naruszenia art. 244 k.p.c. (powołanego zresztą wadliwie także ze względu na brak określenia jego jednostki redakcyjnej) Sąd Najwyższy zauważa z kolei, że choć generalnie postępowanie dowodowe w sprawach z zakresu prawa pracy nie różni się od ogólnych reguł postępowania cywilnego, a postępowanie dowodowe przebiega zgodnie z przepisami działu III tytułu VI księgi pierwszej k.p.c. (art. 227-315 k.p.c.), to doznaje ono pewnych modyfikacji uregulowanych w księdze pierwszej, tytule VII, dziale III, art. 459 - 477 k.p.c. (Postępowanie w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych). Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 473 § 1 k.p.c., w sprawach przewidzianych w niniejszym dziale nie stosuje się przepisów ograniczających dopuszczalność dowodu ze świadków i z przesłuchania stron. Oznacza to, że powołany przepis umożliwia dokonywanie oceny nawet ponad osnowę dokumentu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2010 r., I PK 52/10, LEX nr 607247 i powołane tam orzecznictwo). Już tylko to stwierdzenie powoduje więc, że sformułowany w rozpatrywanej skardze kasacyjnej zarzut naruszenia art. 244 k.p.c. musi być uznany za bezzasadny. Ponadto Sąd Najwyższy jest zdania, że w niniejszej sprawie w ogóle nie doszło do oceny protokołu notarialnego ponad osnowę tego dokumentu. Sąd drugiej instancji jednoznacznie ocenił bowiem treść ujawnionych w protokole smsów, a następnie poddał takiej ocenie również zawartą w owym protokole informację, z której

jednoznacznie wynikało wszak, że poza ujawnionymi smsami były jeszcze inne, przy czym powódka „nie żądała ujęcia ich treści w protokole”.

Zdaniem Sądu Najwyższego, nie są uzasadnione także podniesione w skardze zarzuty naruszenia prawa materialnego.

Co do pierwszego z nich, Sąd Najwyższy stwierdza, że w art. 18^{3a} § 6 k.p. ustawodawca zamieścił definicję legalną molestowania seksualnego, stanowiącego dyskryminowanie ze względu na płeć. Zgodnie z tym przepisem, molestowaniem seksualnym jest każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika, w szczególności stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Na zachowanie to mogą składać się fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy.

Analiza art. 18^{3a} § 6 k.p. prowadzi przy tym do wniosku, że nie musi wystąpić kontakt fizyczny z ofiarą molestowania seksualnego, aby zachowanie sprawcy można było zakwalifikować jako molestowanie seksualne. Molestowanie to może bowiem przybrać formę słowną i obejmować wyłącznie elementy werbalne (np. komentarze czy uwagi odnoszące się do sfery seksualnej). Mogą to być również zachowania o charakterze pozawerbalnym, niezwiązane jednakże z kontaktem fizycznym z ciałem molestowanego (np. pokazywanie obrazów o podtekście seksualnym, eksponowanie przedmiotów o tematyce seksualnej, sugestywne spojrzenia). W piśmiennictwie dotyczącym tego problemu trafnie wskazuje się, że jako zachowania o podłożu seksualnym traktuje się w świetle różnych definicji krajowych m.in.: „obraźliwe flirtowanie”, „czynienie propozycji, domaganie się korzyści seksualnych albo proszenie o nie”, „wywoływanie presji o charakterze seksualnym”, „czynienie sugestywnych uwag i sprośnych aluzji”, „obraźliwe komentowanie wyglądu lub ubioru”, „opowiadanie dowcipów o tematyce seksualnej”, „szantaż seksualny”. Podnosi się również, że kryterium, które ma zasadnicze znaczenie dla oceny, czy zachowanie o podłożu seksualnym ma charakter molestowania seksualnego, jest okoliczność, że zachowanie to ma być przez pracownika niepożądane. Stąd też decydujące znaczenie ma ustalenie, czy pracownik nie chciał określonego typu zachowań ze strony innego pracownika, pracodawcy bądź osoby trzeciej. Powinien zatem dać temu wyraz w sytuacji, gdy

takie zachowanie dotyczy jego osoby i nie jest przez niego pożądanym. Sprzeciw powinien być złożony w taki sposób, aby sprawca mógł się zorientować, że jego zachowanie jest niepożądane przez pracownika. Samo bowiem złożenie propozycji o podtekście seksualnym (czy podobnego typu zachowanie) nie musi być podyktowane zamiarem poniżenia pracownika czy też przymuszenia go do udziału w określonych czynnościach (może być natomiast ocenione negatywnie z perspektywy kultury danej organizacji i funkcjonujących w jej ramach standardów). Jeśli jednak takie zachowanie sprawcy spotka się z brakiem akceptacji pracownika, a mimo to jest ono kontynuowane, będzie to stanowić podstawę do stwierdzenia, że pracownik został poddany molestowaniu seksualnemu. Ustawodawca nie określa formy, w jakiej pracownik miałby wyrazić swój sprzeciw. Można zatem przyjąć, że może to być dowolna postać zachowania pracownika wskazująca na to, że nie życzy on sobie być odbiorcą konkretnych zachowań. Należy zauważyć, że w pewnych okolicznościach wyrażenie wprost takiego sprzeciwu może być problematyczne, szczególnie wówczas, gdy sprawcą jest przełożony pracownika czy inna osoba reprezentująca pracodawcę. Przeciętny pracownik nie jest zwykle zainteresowany konfliktowaniem się z pracodawcą i może w związku z tym obawiać się o ewentualne konsekwencje wyrażenia sprzeciwu wobec postawy przełożonego (lub innej osoby działającej w imieniu pracodawcy). Ustalenie, czy zachowanie sprawcy było przez pracownika niepożądane, powinno być zatem dokonane na podstawie całokształtu okoliczności. Formą sprzeciwu może być, przykładowo, unikanie kontaktów ze sprawcą. Molestowanie seksualne to zachowanie, które jest przez pracownika odbierane jako natarczywe, a zatem nie jest ono przez niego odwzajemniane. Taka więc postawa pracownika, która polega na nieodwzajemnianiu zachowań sprawcy, powinna być dla tego ostatniego sygnałem, że pracownik nie życzy sobie takich zachowań i należy ich zaprzestać (por. Z. Góral, Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu pracowniczym, WKP 2017).

Zdaniem Sądu Najwyższego, lektura pisemnych motywów zaskarżonego wyroku wyraźnie wskazuje, że Sąd drugiej instancji w pełni respektował taką właśnie wykładnię art. 18^{3a} § 6 k.p., czyniąc z niej podstawę do dokonania oceny prawnej ustalonego w sprawie stanu faktycznego, w ramach którego uznał, że znamiona zachowań M. K. o charakterze seksualnym nosiła niewątpliwie treść

smsów wysłanych przez niego do skarżącej w dniach od 28 marca do 2 kwietnia 2009 r. Nie jest natomiast prawdą, że Sąd ten przyjął, że „propozycje seksualne, które nie materializują się w czynnościach seksualnych ze względu na brak zgody adresata propozycji, bezsprzecznie mogą być poczytywane jako element aprobowanego flirtu”. Jak wynika bowiem jednoznacznie z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sąd drugiej instancji uznał jedynie, że brak urzeczywistnienia propozycji wysuwanych przez M. K., wbrew odmiennym sugestiom skarżącej, nie świadczył o tym, że treści w nich zawarte były przez skarżącą niepożądane, co należy rozumieć w ten sposób, że sama tylko treść smsów nie była wystarczająca do przyjęcia tezy, zgodnie z którą skarżąca nie aprobowwała propozycji wynikających z owych smsów i sprzeciwiała się im. Równocześnie Sąd Okręgowy podkreślił bowiem, że „obie te kwestie podlegać muszą rozdziałowi”, ponieważ „tego rodzaju wiadomości bezsprzecznie mogą być poczytywane jako element aprobowanego przez powódkę flirtu”. Dokonał zatem w pełni uprawnionej z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego oceny zawartości smsów, które same w sobie były przecież tylko – mającą niewątpliwie seksualny podtekst, ale jednostronną – deklaracją, natomiast nie wynikało z nich, że skarżąca wyraża dezaprobatę wobec zawartości tych smsów, a w szczególności że sprzeciwia się w jakikolwiek sposób poczynionym w nich propozycjom i nie życzy ich sobie, uznając je za niepożądane. Nie można również zapominać o tym, że wspomniane smsy zostały wysłane do skarżącej w czasie, w którym, jak wynikało także z ustaleń Sądu drugiej instancji, skarżąca pozostawała z M. K. w bliskich relacjach, także pozasłużbowych (spotkania we dwoje poza godzinami pracy, łączące ich przyjacielskie relacje, czy nawet zrodzona pomiędzy nimi więź emocjonalna). Tak skonstruowany zarzut jest więc wyrazem niezrozumienia intencji Sądu drugiej instancji, które towarzyszyły cytowanym wyżej sformułowaniom, przez co nie może on zostać uznany za uzasadniony.

Dwa kolejne zarzuty podniesione przez skarżącą w ramach materialnoprawnej podstawy zaskarżenia koncentrują się na niewłaściwym, zdaniem skarżącej, rozkładzie ciężaru dowodu przyjętym przez Sąd drugiej instancji.

Trzeba zatem wstępnie zauważyć, że obowiązek stron procesu w przedstawianiu faktów i dowodów oznacza „ciężar dowodu” w znaczeniu formalnym, subiektywnym. Jednocześnie wyróżnia się pojęcie „ciężar dowodu” w znaczeniu materialnym, co wiąże się z przedstawieniem określonych faktów, z których wywodzi się skutki prawne (reguła opisana w art. 6 k.c.). Ciężar dowodu w znaczeniu formalnym wskazuje natomiast, kto powinien przedstawić dowody o znaczeniu materialnym oraz kto poniesie skutki nieudowodnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Rozkład ciężaru dowodu w jego materialnym rozumieniu w sprawach dotyczących niektórych roszczeń wywodzonych z przepisów Kodeksu pracy ulega jednak pewnym modyfikacjom. W tym zakresie zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie wskazuje się na przepisy, na podstawie których ciężar udowodnienia spoczywa na pracodawcy - dyskryminacja, materialna odpowiedzialność za powierzone mienie (w sytuacji braku prawidłowego powierzenia mienia), wynagrodzenie za godziny nadliczbowe. Po uwzględnieniu tych wyjątków postępowanie dowodowe przebiega zgodnie z przepisami procedury cywilnej.

Podstawową regulację dotyczącą rozkładu ciężaru dowodu w sprawach o roszczenia wywodzone z naruszenia zakazu dyskryminacji zawiera art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p. W orzecznictwie Sądu Najwyższego na tle wykładni tego przepisu przyjmuje się zaś jednolicie, że w sprawach sądowych o odszkodowanie z tytułu dyskryminacji w zatrudnieniu pracownik powinien przedstawić przed sądem fakty, z których można wyprowadzić domniemanie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, a wówczas na pracodawcę przechodzi ciężar dowodu, że przy różnicowaniu sytuacji pracowników kierował się obiektywnymi przesłankami (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2005 r., II PK 33/05, LEX nr 184961; oraz z dnia 9 czerwca 2006 r., III PK 30/06, OSNP 2007 nr 11-12, poz. 160 z glosą L. Mitrusa, OSP 2008 nr 7-8, poz. 82; z dnia 9 stycznia 2007 r., II PK 180/06, OSNP 2008 nr 3-4, poz. 36; z dnia 2 lutego 2007 r., I PK 242/06, OSNP 2008 nr 7-8, poz. 98; z dnia 22 lutego 2007 r., I PK 233/06, LEX nr 936831; z dnia 24 maja 2007 r., II PK 308/06, LEX nr 898856; z dnia 4 stycznia 2008 r., I PK 188/07, LEX nr 442864; z dnia 7 marca 2012 r., II PK 161/11, LEX nr 1271591; z dnia 18 kwietnia 2012 r., II PK 196/11, OSNP 2013 nr 7-8, poz. 73; z dnia 22 maja 2012 r.,

II PK 245/11, LEX nr 1297783; z dnia 2 października 2012 r., II PK 82/12, LEX nr 1365774; z dnia 7 stycznia 2014 r., II PK 218/13, LEX nr 1647003; z dnia 8 grudnia 2015 r., I PK 339/14, LEX nr 2023155; z dnia 9 marca 2016 r., I PK 91/15, LEX nr 2021222; z dnia 9 czerwca 2016 r., III PK 166/15, LEX nr 2057629 i z dnia 20 lipca 2017 r., I PK 216/16, LEX nr 2389574).

Rola art. 18^{3b} § 1 k.p. polega na określeniu sytuacji procesowej pracodawcy i dyskryminowanego pracownika w razie wytoczenia przez tego ostatniego powództwa o odszkodowanie z tytułu naruszenia zasady niedyskryminacji w zatrudnieniu. Wskazuje on, kiedy sąd powinien uznać, że mamy do czynienia z dyskryminacją. W tego rodzaju sporach pracownik, jako powód, powinien jedynie wskazać fakty, które uprawdopodobniają wystąpienie dyskryminacji i kryterium, które mogło stanowić podstawę bezzasadnego zróżnicowania sytuacji pracowników, a pracodawca, jako pozwany, powinien udowodnić, że kierował się obiektywnymi względami. Inaczej mówiąc, na pracodawcy ciąży powinność wykazania, że odmienne potraktowanie pracownika nie było arbitralne, ale wynikało z powodów obiektywnych (np. uwzględniono staż pracy, kwalifikacje lub umiejętności pracownika, nakład pracy). Należy zauważyć, że oczekiwanie wskazania przez pracownika przyczyny nierównego traktowania służy przede wszystkim określeniu granic postępowania dowodowego i przygotowaniu stosownej obrony przez pracodawcę. Udowodnienie zaś przez pracodawcę obiektywnych kryteriów zróżnicowania sytuacji pracowników uwalnia go od zarzutu dyskryminacji, niezależnie od tego, jakie jej kryterium było przedmiotem zarzutu. W art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p. wyrażone jest domniemanie, że jeżeli pracodawca nie udowodni, iż kierował się obiektywnymi powodami, to różnicowanie pracowników przez pracodawcę z przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p. będzie uważane za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu. W stosunku do art. 6 k.c. w związku z art. 300 k.p. jest to przeniesienie ciężaru dowodu na pracodawcę - w celu realizacji zasady ochrony praw pracownika.

Trafnie wywodzi przy tym skarżąca, że omawiany przepis, nakładając na pracodawcę obowiązek udowodnienia, że naruszając zasadę równego traktowania w zatrudnieniu kierował się obiektywnymi powodami, w przypadku molestowania seksualnego, którego ze względu na jego oczywistą bezprawność w żadnym razie

nie mogą uzasadniać jakiegokolwiek obiektywnych powodów, musi zostać uzupełniony regulacją art. 14 ust. 3 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, w myśl której w przypadku uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania to podmiot, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia. Podobnie jak w przypadku relacji pracodawca-pracownik uregulowanej w Kodeksie pracy (w powołanym wyżej art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p.), również według art. 14 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. na osobie, wobec której naruszono zakaz dyskryminacji, spoczywa jednak obowiązek uprawdopodobnienia faktu nierównego traktowania.

Instytucja uprawdopodobnienia nie ma swojej definicji legalnej, jednak piśmiennictwo wyjaśnia jej znaczenie. Uprawdopodobnienie to uargumentowanie, uzasadnienie zgłoszonego wniosku, które sprawia, że sędzia jest co najmniej przekonany albo nawet pewny prawdopodobieństwa twierdzenia o określonym fakcie. Jest to rezultat postępowania mającego na celu poznanie rzeczywistości, a przy tym rezultat otrzymany z pominięciem szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym. Uprawdopodobnienie jest surogatem dowodu w znaczeniu ścisłym. Stanowi on wyjątek od zasady, że fakty mające istotne znaczenie dla sprawy wymagają udowodnienia. Wyjątek ten działa na korzyść strony powołującej się na określone fakty, natomiast dla przeciwnika procesowego uprawdopodobnienie jest wysoce niekorzystne. Strona przeciwna (w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy pozwany pracodawca) musi włożyć znacznie więcej wysiłku w obalenie głoszonego przez pracownika twierdzenia, trudniej jest bowiem przekreślić jego prawdopodobieństwo niż pewność. W ostatnim przypadku wystarczyłoby samo wykazanie, że istnieje jakakolwiek wątpliwość o rzeczywistym bądź nawet tylko potencjalnym charakterze. W przypadku uprawdopodobnienia pracodawca musi natomiast wykazać, że negacja twierdzenia pracownika jest lepiej uzasadniona, co przysparza znacznie więcej problemów. Uprawdopodobnienie należy traktować jako ograniczenie zasady prawdy materialnej, gdyż sąd może mieć jeszcze pewne wątpliwości co do prawdziwości danego twierdzenia. Z instytucją uprawdopodobnienia wiążą się ułatwienia dowodowe w postaci możliwości wykorzystania źródeł informacji innych

niż środki dowodowe określone w Kodeksie postępowania cywilnego. Środkami uprawdopodobnienia mogą być oświadczenia osób trzecich składane na piśmie, wiadomości uzyskiwane ustnie, np. przesłuchanie świadków o charakterze nieformalnym, dokonane bez odebrania od nich przyrzeczenia co do mówienia prawdy (por. M. Łżykowski, Charakterystyka prawna uprawdopodobnienia w postępowaniu cywilnym, *Nowe Prawo* 1980 nr 3, s. 74-78; W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne, Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 227; R. Golań, *Uprawdopodobnienie w procesie cywilnym*, *Gazeta Prawna* 2000 nr 80, s. 24). W wyroku z dnia 13 lipca 1966 r., II CZ 74/66 (OSP i KA 1966 nr 3, s. 68) Sąd Najwyższy zastrzegł jednak, że takie ułatwienia nie mogą spowodować, że ustalenia dokonane w wyżej opisanym trybie będą przyjmowane bezkrytycznie, także bowiem procedury uprawdopodobnienia pozbawione formalizmu objęte są działaniem zasady prawdy obiektywnej. Uprawdopodobnienie naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu tym różni się więc od udowodnienia (wykazania) tej okoliczności tym, że jest możliwe do przyjęcia w przypadku stwierdzenia wysokiego prawdopodobieństwa (a nie pewności) zaistnienia przypadku dyskryminacji, jeśli weźmie się pod uwagę np. spójność wersji zdarzeń zaprezentowanej przez pracownika.

Zdaniem Sądu Najwyższego, i w tym zakresie należy zaaprobować stanowisko Sądu Okręgowego, zgodnie z którym skarżąca, ujawniając treść smsów wysłanych do niej przez M. K., zdołała nie tylko uprawdopodobnić, ale nawet wykazać, że po stronie nadawcy tych smsów doszło do zachowań o charakterze seksualnym, jednakże poza własnymi twierdzeniami, ujawnionymi zresztą dopiero po rozwiązaniu umowy o pracę z pozwaną, nie uprawdopodobniła równocześnie w żaden sposób tego, że owe zachowania były przez nią niepożądane w rozumieniu art. 18^{3a} § 6 k.p. Trafnie również Sąd drugiej instancji stwierdził, że pozwana w istocie przejęła ciężar dowodu w tym zakresie i zdołała za pomocą zaoferowanych przez siebie dowodów wykazać, że skarżąca nie wyraziła w jakiegokolwiek formie sprzeciwu wobec działań M. K., co dawało podstawę do uznania, że przesłanka zachowań „niepożądanych” przez ich adresata nie została spełniona. Ustalone na podstawie tych dowodów okoliczności faktyczne, dotyczące relacji pomiędzy skarżącą a M. K., zarówno w początkowym okresie ich znajomości, jak i w okresie

po wysłaniu wspomnianych smsów pozwalały bowiem odnieść wrażenie, że relacje te niemal do końca okresu zatrudnienia skarżącej u pozwanej były bardzo dobre, wręcz przyjazne. Sąd Najwyższy jest więc zdania, że w postępowaniu poprzedzającym wydanie zaskarżonego orzeczenia nie doszło do naruszenia art. 18^{3b} § 1 *in fine* k.p.c. oraz art. 14 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania.

Nie jest uzasadniony również kasacyjny zarzut naruszenia art. art. 94 pkt 2b k.p., przez jego niezastosowanie. Zgodnie z tym przepisem, pracodawca jest obowiązany przeciwdziałać dyskryminacji w zatrudnieniu, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. W piśmiennictwie przyjmuje się, że regulacja ta jest ściśle związana z art. 11³ k.p. (statuującym zasadę zakazu dyskryminacji). Porównanie art. 94 pkt 2b k.p. z art. 11³ k.p. i art. 18^{3a-3e} k.p. prowadzi przy tym do wniosku, że obowiązkiem pracodawcy jest nie tylko powstrzymanie się od dyskryminowania pracowników i nakaz ich równego traktowania, ale także obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji w zatrudnieniu, a więc dyskryminacji jednych pracowników przez innych. Pracodawca odpowiada więc także za praktyki dyskryminacyjne jego pracowników (w tym molestowanie), jeżeli im nie przeciwdziałął. Przepis ten nie przewiduje jednak żadnych szczególnych sankcji za naruszenie określonego w nim obowiązku. Nie będzie miał wprost zastosowania art. 18^{3d} k.p., gdyż dotyczy on odszkodowania za naruszenie przez pracodawcę zasady równego traktowania. Jest jednak wskazówką do ustalenia zakresu odpowiedzialności pracodawcy na zasadach art. 471 k.c. w związku z art. 300 k.p. za niewykonanie obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji (por. J. Iwulski [w]: Kodeks pracy, Komentarz, W-wa 2011).

Skarżąca upatruje naruszenia art. 94 pkt 2b k.p. w jego niezastosowaniu, mimo że „w postępowaniu o roszczenia dotyczące dyskryminacji sąd ma obowiązek każdorazowo badać, czy pozwany uczynił zadość wskazanej normie prawnej poprzez podjęcie skutecznych działań przeciwdziałających dyskryminacji”. Tymczasem Sąd drugiej instancji potwierdził, że pozwana nie podjęła działań

antydyskryminacyjnych. Nie oznacza to jednak jej odpowiedzialności odszkodowawczej, skoro zostało ustalone, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do zdefiniowanego w art. 18^{3a} § 6 k.p. molestowania seksualnego. Dopiero ustalenie, że w relacjach pomiędzy pracownikami doszło do takich zachowań dyskryminujących, stanowiłoby natomiast podstawę do oceny, czy pozwana powinna odpowiadać za te zachowania wobec niewywiązania się z obowiązku przeciwdziałania dyskryminacji. Przesłankę takiej odpowiedzialności zawsze stanowi bowiem wcześniejsze ustalenie wystąpienia zachowań o charakterze dyskryminacyjnym.

Kierując się przedstawionymi motywami oraz opierając się na treści art. 398¹⁴ k.p.c., a w odniesieniu do kosztów postępowania kasacyjnego, uwzględniając w tym zakresie wnioski skarżącej, na podstawie art. 102 k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.