



Sygn. akt II PK 345/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 lutego 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Romualda Spyt (przewodniczący)

SSN Halina Kiryło (sprawozdawca)

SSN Zbigniew Korzeniowski

w sprawie z powództwa D. K.

przeciwko Urzędowi [...] w W.

o odszkodowanie z tytułu dyskryminacji w nawiązaniu stosunku pracy,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 13 lutego 2018 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.
z dnia 17 marca 2016 r., sygn. akt III APa .../14,

oddala skargę kasacyjną.

UZASADNIENIE

Po ostatecznym sprecyzowaniu roszczeń powódka D. K. wniosła o zasądzenie od pozwanego Urzędu [...] w W. kwoty 150.000 zł tytułem odszkodowania za dyskryminację w nawiązaniu stosunku pracy.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 21 stycznia 2014 r. zasądził od pozwanego Urzędu [...] w W. na rzecz powódki D. K. kwotę 48.600 zł z tytułu

odszkodowania za dyskryminację w nawiązaniu stosunku pracy oraz kwotę 1.800 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego udzielonego powódce z urzędu, a nadto nakazał pobrać od pozwanego na rachunek Skarbu Państwa kasy Sądu Okręgowego w W. kwotę 2.430 zł tytułem opłaty od pozwu, której powódka nie miała obowiązku uiścić. Natomiast Sąd Apelacyjny w W. wyrokiem z dnia 17 marca 2016 r. oddalił apelację pozwanego od powyższego orzeczenia i zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 1.800 zł powiększoną o 23% VAT tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powódce z urzędu w instancji odwoławczej

W sprawie ustalono, że powódka D.K., urodzona 29 listopada 1964 r., została zatrudniona przez pozwany Urząd [...] w W. na podstawie umowy o pracę na czas określony od dnia 1 września 2010 r. do dnia 31 sierpnia 2011 r., w pełnym wymiarze czasu pracy, na stanowisku doradcy, z wynagrodzeniem w wysokości 4.050 zł miesięcznie. Aplikację o zatrudnienie powódka złożyła na piśmie; odbyła się rozmowa kwalifikacyjna; po pozytywnym przejściu przez powódkę procesu rekrutacyjnego dotyczącego kilku kandydatów, M.B. (późniejszy przełożony powódki) złożył wniosek do Prezesa pozwanego Urzędu o zatrudnienie powódki. W dniu 1 września 2010 r. strony zawarły na piśmie umowę o pracę na czas określony jednego roku, w której wskazano, że powierza się powódce obowiązki doradcy w Dziale [...]. Jednocześnie, tego samego dnia, strony zawarły umowę o zakazie konkurencji. Nowych pracowników zatrudniano w pozwanym Urzędzie po ogłoszeniach w internecie i w gazetach; wszczynano proces rekrutacji w oparciu o wpływające zgłoszenia. Na podstawie dokumentów złożonych przez kandydatów przeprowadzano pierwszy proces weryfikacji; sporządzano listę, według której wyznaczeni pracownicy kadr i pracownicy oddziału przesłuchiwali kandydatów. W oparciu o przeprowadzone z kandydatami rozmowy sporządzano krótką listę kandydatów i po rozmowie z dyrektorem działu, do którego był ogłoszony nabór pracownika i przedstawieniu kandydatowi warunków finansowych - kandydatura wybranej osoby była prezentowana Prezesowi Urzędu, który podejmował decyzję o zatrudnieniu. Zwyczajem było, że pracownicy byli zatrudniani na umowę o pracę na czas określony jednego roku, a po ocenie pracownika na koniec okresu zatrudnienia przez wybranych pracowników z kierownictwa Urzędu, przedłużano

umowę na kolejny rok. Trzecia umowa była podpisywana już na czas nieokreślony - zgodnie z Kodeksem pracy. Powódka przeszła pomyślnie proces rekrutacji (uwzględniono między innymi jej kwalifikacje) i została zatrudniona w Dziale [...]. Jej przełożonym był K. M. (kierownik Działu [...]), a od stycznia 2011 r. – K. W.

W Polsce jest 29 oddziałów terenowych pozwanego Urzędu i każdy z tych oddziałów ma swoją specyfikę regionalną. Centrala pozwanego Urzędu mieści się przy ul. S. w W., a Oddział, w którym została zatrudniona powódka, mieści się przy ulicy R. 9. Dział [...], w którym zatrudniono powódkę, jest działem podlegającym w zakresie oceny finansowo merytorycznej - Wydziałowi [...] w Urzędzie i ten Wydział przydziela zadania do wykonania przez Dział i poszczególne osoby.

Struktura Urzędu była tak skonstruowana, że Centrum [...] i [...], na czele którego stała dyrektor A. G., było odpowiedzialne za koordynację działalności rynkowej w Urzędzie. W ramach podziału zadań, w terenie, w oddziałach Urzędu, były zatrudnione osoby pełniące rolę doradców do spraw jakości, które odpowiadały za kontakty z klientami i realizację działań w obszarze działań rynkowych. Na takim stanowisku była zatrudniona powódka. Centrum [...] i [...] oceniało efektywność pracy doradcy do spraw jakości pod kątem merytorycznym. Doradca do spraw jakości miał pewną swobodę, by znaleźć klienta; przechodził szkolenia, w jaki sposób szukać klienta; dostawał bazę firm. Inspektorzy techniczni mają również obowiązek powiadamiania inspektora o klientach. Powódka, jako handlowiec, była odpowiedzialna za poszukiwanie klientów. Dyrektor A.G. sprawdzała, czy zostały zrealizowane plany finansowe w poszczególnych słupkach i oceniła, że w 2011 r. nie zostały one zrealizowane z winy powódki, która - według jej oceny - ograniczała się do poszukiwania klientów w łatwiejszych obszarach, natomiast w innych Oddziałach Urzędu doradcy realizowali plany w 100%, a nawet je przekraczali. Plany terenowych Oddziałów w wartościach bezwzględnych nie są takie same. Plany dla każdego Oddziału są ustalane w zależności od możliwości i potencjału. Według oceny A.G., były trudności z wykonywaniem przez powódkę konkretnych poleceń, wielokrotnie powtarzały się błędy polegające na złym wypełnianiu kalkulatorów.

W dniu 18 lipca 2011 r. powódka, po wcześniejszym uzgodnieniu ze swoim przełożonym - dyrektorem Urzędu [...] Oddział w W. M. B., złożyła pisemny wniosek

o zawarcie kolejnej umowy o pracę i zgodnie z planem urlopów udała się na zaplanowany urlop wypoczynkowy, który miał trwać do 2 września 2011 r. W okresie od 26 sierpnia 2011 r. do końca zatrudnienia, tj. 31 sierpnia 2011 r., powódka przebywała na zwolnieniu lekarskim. Przełożony - M.B. poparł wniosek powódki o dalsze jej zatrudnienie. Akceptację co do dalszego zatrudniania powódki wyraził także G. S. - z Zespołu zarządzania kadrami, jak również M.S. O odrzucenie wniosku o zatrudnienie powódki wnioskowała dyrektor A.G. wpisując opinię, że powódka „jako doradca ds. jakości miała za zadanie rozwinąć działalność rynkową o/W. Wyniki osiągnięte w ostatnich 12 miesiącach pokazują, że nie wywiązała się z tego zadania. Problemem była również sprawa prawidłowej komunikacji między pracownikami Działu [...] a powódką (prowadziła własną politykę)”.

Powódka nie podlegała ocenie okresowej. Pracując przez pierwszy rok nie miała świadomości, jak jest oceniana, gdyż ocena nie była obowiązkowa i nie była jej przedstawiana, ani wyrażana ustnie przez przełożonych, czy też dyrektorów innych współpracujących komórek organizacyjnych. Powódka uczestniczyła w szkoleniach wewnętrznych i na jednym z takich szkoleń, wobec wszystkich zgromadzonych, dyrektor A.G. powiedziała, że „trzeba stawiać na młodych, są bardziej elastyczni”. Powódka na swoim stanowisku była najstarszym wiekiem pracownikiem.

Z powódką nie przedłużono umowy o pracę, o czym powiadomiono ją w dniu 5 września 2011 r. Nie wskazano jej przyczyn, dla których nie została zatrudniona. Na miejsce powódki, w ramach rekrutacji wewnętrznej spośród pracowników pozwanego Urzędu, zatrudniono dwie osoby: P. R. (urodzoną 6 listopada 1985 r.), jako doradcę do spraw jakości i G. B., jako przyszłego kierownika Działu [...]. Wcześniej te osoby pracowały w Centrali pozwanego Urzędu i podlegały dyrektor A. G. W październiku 2011 r., na zebraniu kierowników, dyrektor Oddziału podzielił pracę: K. W. miał odpowiadać za jednostkę notyfikowaną w zakresie dźwigów, a nowo zatrudniony G. B., jako przyszły kierownik, miał czuwać nad pozostałą działalnością dobrowolną, w zakresie której została zatrudniona P. R. - młodsza o 21 lat od powódki.

P.R. została zatrudniona u pozwanego w Oddziale W., w Centrum [...] i [...],

od lutego 2011 r. na zastępstwo, tj. na czas usprawiedliwionej nieobecności innego pracownika. Jej przełożonym w momencie przyjęcia był J. K., a dyrektorem Centrum - A.G.. Pracownica, którą zastępowała P.R., powróciła do pracy 30 września 2011 r., dlatego P.R. głosiła się swoją kandydaturę na stanowisko nieobsadzone po powódce. Rekrutacja odbyła się na początku września 2011 r.. Powódki, po złożeniu przez nią wniosku o dalsze zatrudnienie, nie poinformowano, że może (powinna) przystąpić do procesu rekrutacji na swoje stanowisko. Takiej rekrutacji przy przedłużaniu umowy o pracę po upływie poprzedniej umowy terminowej nie przechodzili inni pracownicy zatrudnieni w oddziałach na tożsamyh stanowiskach co powódka: T. O., J. C., M. B.

Przy rekrutacji P.R. na stanowisko doradcy ds. jakości pozwany nie wskazał obowiązków pracownika, ani jakie kwoty ma osiągnąć kandydat w planie finansowym po podjęciu zatrudnienia. Na nowym stanowisku doradcy P.R. otrzymała plan sprzedażowy na dzień 2 października 2011 r. Otrzymany plan zamknął się rokiem kalendarzowym z dniem 31 grudnia 2011 r. Na 2012 r. P.R. dostała nowy plan finansowy; niektóre usługi zostały wykonane zgodnie z planem, co do innych nie wykonano planu. Wynagrodzenie zasadnicze P.R. w momencie zatrudnienia jej na stanowisku doradcy ds. jakości wynosiło: od 1 października 2011 r. - 2.500 zł, a na dzień 1 stycznia 2012 r. było w takiej samej wysokości, jak powódki - tj. 3000 zł.

Powódka od września 2011 r. do grudnia 2011 r. nie pracowała; pobierała zasiłek dla bezrobotnych w kwocie około 700 zł. W grudniu 2011 r. założyła działalność gospodarczą, którą zakończyła w sierpniu 2012 r. W tym okresie miesięcznie uzyskiwała około 5.000 zł brutto przychodów. Po odliczeniu kosztów, przez całe 8 miesięcy uzyskała około 4.000 zł zysku. Od sierpnia 2012 r. powódka była zatrudniona na podstawie umowy o pracę na czas określony do maja 2015 r., z wynagrodzeniem 3.400 zł.

Sąd pierwszej instancji oceniając zasadność zgłoszonego w pozwie roszczenia o odszkodowanie stwierdził, że powódka uprawdopodobniła istnienie wobec niej dyskryminacji ze względu na wiek, rozumianej jako różnicowanie przez pracodawcę kandydatów ubiegających się o zatrudnienie. Zatrudniono bowiem na miejsce powódki osobę młodszą o 21 lat, nieposiadającą żadnego doświadczenia w

pracy na tym stanowisku. Tymczasem przesłuchani świadkowie, a w szczególności przełożeni powódki, potwierdzili, że wykazywała się ona dużą mobilnością i fachowością w obsłudze klientów oraz wykonywaniu swoich obowiązków, natomiast zatrudniona na jej miejsce P.R. (J.) musiała się wdrożyć do wykonywania obowiązków. Pozwany nierówno potraktował więc powódkę ze względu na wiek, zatrudniając osobę bez przygotowania i doświadczenia zawodowego, ale znacznie młodszą wiekowo.

Zasądzając z tego tytułu odszkodowanie, Sąd Okręgowy uwzględnił żądanie pozwu do wysokości stanowiącej utracone, roczne wynagrodzenie powódki (a więc kwota miesięcznego wynagrodzenia wynosząca 4.050 zł x 12 miesięcy = 48.600 zł) uznając, że jest to odszkodowanie wystarczająco skuteczne, proporcjonalne i odstraszające dla pozwanego.

Po uzupełnieniu postępowania dowodowego, Sąd Apelacyjny w W. dodatkowo ustalił, że Dyrektor Terenowego Oddziału pozwanego Urzędu [...] w W. nie był ograniczony w swoich kompetencjach jedynie do oceniania sposobu wywiązywania się przez powódkę „z obowiązków o charakterze administracyjnym”, tj. w istocie przestrzegania przez nią dyscypliny pracy, a ocena merytoryczna tej pracy pozostawała w gestii Dyrektora C. A.G.. Takie postrzeganie uprawnień Dyrektora Oddziału U. w W. (a w istocie rzekomego swoistego ubezwłasnowolnienia tego podmiotu, wysoko przecież usytuowanego w strukturze UDT) jest wyrazem całkowitego pomijania przez stronę pozwaną jej własnych wewnętrznych regulacji prawnych i próbą niedopuszczalnego ustalenia samodzielnie przez nią samej stanu faktycznego sprawy w sposób adekwatny do prezentowanego w procesie stanowiska wobec roszczeń powódki. Zgodnie bowiem z postanowieniami Regulaminu organizacyjnego Urzędu [...], Kierownictwo Oddziału stanowią Dyrektor Oddziału i Kierownicy Działów, przy czym Dyrektor Oddziału kieruje Oddziałem przy pomocy Kierowników Działów, a Kierownicy kierują Działami. Do obowiązków Kierowników Działów należy, między innymi, dokonywanie ocen podległych pracowników i występowanie do Dyrektora Oddziału z wnioskami w sprawach przyjęć, przeszeregowań, nagradzania i karania podległych pracowników, co nie jest przecież możliwe bez merytorycznej oceny jakości pracy danego pracownika.

Sąd Apelacyjny ustalił też, że P.R., zatrudniona na miejsce powódki po rozwiązaniu z nią umowy o pracę na czas określony, pracowała w Centrum [...] i [...] od dnia 1 lutego 2011 r. i podlegała bezpośrednio Dyrektor A. G. Łącząca strony umowa o pracę była zawarta na zastępstwo, tj. „do dnia ustania usprawiedliwionej nieobecności K. B.”, która korzystała z urlopów należnych jej z tytułu urodzenia dziecka. Ostatecznie, jak wynika z dokumentów zawartych w złożonych przez stronę pozwaną akt osobowych K. B., pracownica ta korzystała z urlopu macierzyńskiego do dnia 17 sierpnia 2011 r.; nie złożyła wniosku o urlop wychowawczy, podejmując następnie pracę u strony pozwanej, stąd od 18 sierpnia 2011 r. praktycznie straciło rację bytu zatrudnienie P.R. na dotychczasowym stanowisku, co wiązało się dla niej z utratą pracy w strukturach Urzędu [...]. Mężem K.B., powracającej do pracy z urlopu macierzyńskiego na stanowisko zajmowane na czas jej nieobecności przez P. R., jest Dyrektor zatrudniony w strukturach Urzędu [...] - G.B.. G.B. pracował przy tym w Centrum [...] i [...], tak jak i jego żona K.B. i podlegał bezpośrednio Dyrektor A. G. Jednocześnie z powrotem jego żony K.B. do pracy w Centrum [...] i [...] i z zatrudnieniem P.R. w Oddziale Terenowym Urzędu [...] w W. na stanowisko dotychczas zajmowane przez powódkę, G.B. powierzono obowiązki kierownika Działu [...] w tym Oddziale, tj. funkcję bezpośredniego przełożonego P.R. (został tam oddelegowany okresowo w celach szkoleniowych), a następnie powrócił on do Centrali, z tym, że nie do Centrum [...]. Na pisemnej prośbie P.R. o zatrudnienie na stanowisku zajmowanym dotychczas przez powódkę w Oddziale Terenowym Urzędu [...] w W., Dyrektor A.G., jako Dyrektor Centrum [...] i [...] (pieczętka imienna) wyraziła swoje poparcie. Przed opisywanymi przesunięciami kadrowymi, Dyrektor A.G. była bezpośrednią przełożoną P.R. i G.B., a także jego żony K.B..

Zdaniem Sądu drugiej instancji, materiał dowodowy zebrany w sprawie przed Sądem pierwszej instancji i uzupełniony w postępowaniu apelacyjnym nie potwierdza, aby to zastrzeżenia merytoryczne do jakości pracy powódki były rzeczywistą przyczyną odmowy nawiązania z nią stosunku pracy na dalszy okres. Sąd pierwszej instancji zasadnie odmówił wiarygodności zeznaniom w charakterze świadka A.G., w których świadek ten, wbrew zebranym w sprawie dowodom w postaci zeznań przełożonych powódki, mających pełne kompetencje do oceny

jakości jej pracy, tj. M. B., K. M. i K. W., twierdziła, że do pracy powódki były poważne zastrzeżenia merytoryczne, które były uzasadnioną przyczyną odmowy nawiązania z nią stosunku pracy na dalszy okres. Tymczasem przełożeni powódki dobrze oceniali jej pracę, nie mając do niej zastrzeżeń. Tej oceny nie podważa treść pozostałego materiału dowodowego, świadczącego - według apelującej strony pozwanej - o niewłaściwej jakości pracy powódki, która legła u podstaw odmowy nawiązania z nią stosunku pracy na dalszy okres.

W odniesieniu do sformułowanego w apelacji zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w aspekcie wybiórczej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego skutkującego poczynieniem rzekomo błędnych ustaleń faktycznych, Sąd Apelacyjny stwierdził, że uchybienia w zakresie pominięcia lub niewystarczającej oceny niektórych, wskazanych w apelacji dowodów, zostały usunięte na etapie postępowania przed Sądem drugiej instancji.

Natomiast co do apelacyjnego zarzutu naruszenia przepisów prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 18^{3b} § 1 pkt 1 k.p. oraz art. 18^{3a} § 1 k.p. w związku z art. 11³ k.p., Sąd drugiej instancji uznał, że Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy zinterpretował powyższe normy, których właściwe zastosowanie znalazło odbicie w zaskarżonym rozstrzygnięciu oraz jego pisemnych motywach, nie naruszając wskazanego w apelacji prawa materialnego.

Zawarty w apelacji zarzut bezpodstawnego przyjęcia przez Sąd pierwszej instancji, że pozwany nie dysponuje swobodą w zakresie zawierania umowy na czas określony z określonym pracownikiem, podczas gdy żadne przepisy Kodeksu pracy nie rodzą po stronie kandydata do pracy (względnie osoby, z którą rozwiązano umowę o pracę na czas określony) roszczenia o zawarcie kolejnej umowy (poza sytuacją określoną w art. 25¹ § 1 k.p.) ani obowiązku zatrudnienia po stronie pracodawcy, jest całkowicie chybiony i wynika z niezrozumienia istoty powództwa opartego na art. 18^{3d} k.p., zgodnie z którym, osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalane na podstawie odrębnych przepisów.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, nawet przy hipotetycznym założeniu, iż w niniejszej sprawie brak było wystarczających podstaw do uznania, że powódka była

przez pozwanego pracodawcę dyskryminowana przy nawiązaniu stosunku pracy ze względu na niedozwolone kryterium, jakim jest wiek, to i tak zaskarżony wyrok ostatecznie odpowiada obowiązującemu prawu. Sądowi pierwszej instancji a także apelującej stronie pozwanej uszedł uwadze fakt, że powódka w piśmie procesowym z dnia 18 sierpnia 2011 r. wskazała, w sposób opisowy, ale zrozumiały i jednoznaczny, dodatkową przyczynę (kryterium) swojej dyskryminacji, której dopuścił się wobec niej pozwany pracodawca przy odmowie nawiązania z nią stosunku pracy. W omawianym piśmie procesowym powódka podniosła, że stosunek pracy na stanowisku, o które się bezskutecznie ubiegała, został nawiązany - w warunkach dyskryminujących powódkę i wskazujących na nepotyzm - z osobą, która wcześniej pracowała w jednostce kierowanej przez Dyrektor A. G. i jest jej protegowaną (lub kogoś z kierownictwa UDT) i wniosła „o rozszerzenie powództwa (o odszkodowanie z tytułu dyskryminacji przy nawiązaniu stosunku pracy - przypis Sądu Apelacyjnego) o nepotyzm”. Choć redakcja powyższego pisma procesowego jest nieporadna i użyto w nim „na wyrost” słowa nepotyzm w rozumieniu znaczeniowym (według Słownika Języka Polskiego PWN nepotyzm to „faworyzowanie krewnych i przyjaciół przy obsadzaniu wysokich stanowisk i rozdawaniu godności przez osoby wpływowe”), to nie ulega wątpliwości, że powódka wskazała w nim i uprawdopodobniła dodatkową przyczynę dyskryminacji (niedozwolone kryterium różnicowania pracowników przy nawiązaniu stosunku pracy), którą bardzo trudno werbalnie zdefiniować (w języku potocznym kryterium to określa się mianem nieposiadania tzw. „układów”), ale którą można określić, jako bliskie pojęciu „nepotyzm”, społecznie nieakceptowalne niedozwolone różnicowanie pracowników (gorsze traktowanie) z uwagi na nieposiadanie przez nich (a posiadanie przez innych - lepiej traktowanych) określonych bliższych relacji osobistych lub służbowych z decydentami pracodawcy lub osobami mającymi wpływ na tych decydentów; relacji niewynikających przy tym w sposób jednoznaczny z osobistych przymiotów pracownika związanych z pracą, a które ostatecznie wpływają na procesy decyzyjne pracodawcy w warunkach pokrzywdzenia, gorszego traktowania (dyskryminowania), w przeciwieństwie do innych osób posiadających te relacje. Dyskryminacją jest bowiem nieusprawiedliwione obiektywnymi powodami gorsze traktowanie pracownika ze

względu na niezwiązane z wykonywaną pracą cechy lub właściwości dotyczące go osobiście i istotne ze społecznego punktu widzenia, a tylko przykładowo wymienione w art. 18^{3a} § 1 k.p., bądź ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, stan faktyczny ustalony w niniejszej sprawie wskazuje, że oprócz niedozwolonego kryterium różnicowania pracownika ze względu na wiek, o odmowie nawiązania z powódką umowy o pracę na dalszy okres zdecydowała swoista determinacja Dyrektor Centrum [...] i [...] A.G. w staraniach o zapewnienie miejsca pracy dla jej dotychczasowej podwładnej - P.R., której zatrudnienie na czas zastępstwa innego pracownika w okresie jego usprawiedliwionej nieobecności traciło rację bytu wobec powrotu zastępowanej pracownicy do pracy. W fakcie wspierania w planach zawodowych dotychczasowej podwładnej, o której Dyrektor miała dobrą opinię, skoro poparła jej wniosek o zatrudnienie na stanowisku dotychczas zajmowanym przez powódkę, nie ma jeszcze nic złego, jednak ocena taka kończy się z momentem stwierdzenia, że to życzliwe wspieranie podwładnej zbiegło się z jednoczesnym podjęciem przez Dyrektor krzywdzących i bezpodstawnych działań, obliczonych na dezawuowanie powódki jako dobrego pracownika i uniemożliwiających jej w praktyce skuteczne ubieganie się o nawiązanie stosunku pracy na dalszy okres.

Do powyższych wniosków uprawniało Sąd Apelacyjny ustalenie w sprawie szczegółowego stanu faktycznego, z którego wynika, że w okresie trwania procesów decyzyjnych związanych z zatrudnieniem na stanowisku dotychczas zajmowanym przez powódkę Dyrektor G., popierając kandydaturę swojej dotychczasowej podwładnej, wystawiła powódce krzywdzącą i nieuzasadnioną rzeczywistym stanem rzeczy opinię dotyczącą jakości świadczonej przez powódkę pracy. Opinia ta, uzupełniona wnioskiem o niezatrudnianie powódki na dalszy okres, była całkowicie sprzeczna z pozytywną opinią o jakości pracy powódki wystawianej jej przez uprawnionych w pierwszym rzędzie do takiej oceny przełożonych: Dyrektora Terenowego Oddziału pozwanego Urzędu [...] w W. M. B. i uprawnionych również do merytorycznej kontroli i bieżącej oceny pracy powódki, podległych mu kolejnych Kierowników Działu [...] – K. M. i K. W. Sąd Apelacyjny podkreślił też, że fakt odmowy zawarcia przez pozwanego pracodawcę z powódką

umowy o pracę na dalszy okres był dla jej przełożonych kompletnym zaskoczeniem i, co znamienne, nie mieli oni świadomości, z jakich względów ta odmowa nastąpiła. Charakterystyczne jest przy tym, że zastrzeżenia Dyrektor A.G. do jakości pracy powódki nie zostały potwierdzone przez przełożonych powódki bezpośrednio ją nadzorujących, którzy nie uznawali, aby powódka „jako doradca ds. jakości miała za zadanie rozwinąć działalność rynkową o/W.” i jest odpowiedzialna za to, że „wyniki osiągnięte w ostatnich 12 miesiącach pokazują, że nie wywiązała się z tego zadania oraz problemem była również sprawa prawidłowej komunikacji między pracownikami Działu [...] a powódką (prowadziła własną politykę)”. Z zarzutu odpowiedzialności powódki za „wyniki działalności rynkowej” Oddziału wycofała się sama strona pozwana w toku niniejszego procesu. Charakterystyczne jest, że zarzuty Dyrektor A. G. w zakresie jakości pracy powódki sformułowane zostały ogólnikowym i schematycznym językiem, w istocie niewyrażającym jednoznacznej merytorycznej i konkretnej treści, który Słownik Języka Polskiego określa mianem pustosłowia. Do tak formułowanych zarzutów pracownikowi trudno jest się odnieść przy bronieniu swojej przydatności zawodowej. Jakaż rzeczywistą treść bowiem niesie ze sobą sformułowany w tym względzie wobec powódki, a przytoczony już w niniejszym uzasadnieniu, zarzut „prowadzenia własnej polityki”. Każda z definicji polityki w żaden sposób nie przystaje do sytuacji pracowniczej powódki i sposobu wykonywania przez nią obowiązków pracowniczych, a opinia uzasadniająca niepopieranie jej wniosku o przedłużenie przez pozwanego pracodawcę zatrudnienia, nie wyrażała w istocie żadnych weryfikowalnych i rzeczywistych treści, a miała jedynie na celu zdezawuowanie powódki, jako pracownika i osoby ubiegającej się o nawiązanie stosunku pracy na dalszy okres.

Nieposiadanie przez powódkę określonych bliższych relacji osobistych lub służbowych z Dyrektorem A. G., osobą mającą wpływ na decydujących o pozwaniu, w przeciwieństwie do wspieranej przez nią P.R., której wskazane relacje w sposób jednoznaczny nie wynikały z osobistych przymiotów tego pracownika związanych z pracą, nie powinny wpływać na procesy decyzyjne pracodawcy w warunkach ewidentnego pokrzywdzenia, gorszego traktowania (dyskryminowania) powódki przez wyżej opisaną, niedopuszczalne kryterium dyskryminacyjne, przy

jednocześnie odmiennym traktowaniu przy staraniach o zatrudnienie innych osób posiadających omawiane relacje. Sąd Apelacyjny dochodząc do opisywanej konkluzji zdawał sobie sprawę z delikatności i złożoności omawianej materii i trudności w zdefiniowaniu składających się na nią pojęć, procesów i zjawisk, co nie oznacza, że sąd powszechny z przyczyny tych trudności winien odstępować od nadawania omawianym zjawiskom przymiotu prawnie niedopuszczalnych z określonymi konsekwencjami procesowymi tego stanu rzeczy. Zdefiniowane wyżej, niedopuszczalne kryterium różnicowania pracowników jest społecznie nieakceptowalne, jako sprzeczne z prawem, a dodatkowo z zasadami współżycia społecznego i nie może korzystać z ochrony prawnej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, z pewnością brak jest podstaw, by odmówić Sądowi Pracy uprawnienia do badania przyczyny odmowy nawiązania przez stronę pozwaną stosunku pracy z powódką na dalszy okres w sytuacji, gdy chodziło o stwierdzenie, czy ta przyczyna nie miała charakteru dyskryminacyjnego. Z art. 18^{3b} § 1 pkt 1 k.p. wynika bowiem, że naruszeniem zasady równego traktowania w zatrudnieniu jest różnicowanie sytuacji pracownika z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p. (nieodzwolonych kryteriów różnicowania), którego skutkiem, w szczególności, jest odmowa nawiązania stosunku pracy. Pracodawca miał obowiązek udowodnić, że kierował się w tym względzie obiektywnymi powodami (art. 18^{3b} § 1 k.p.), czego w niniejszym procesie nie uczynił.

Zdaniem Sądu drugiej instancji, niezasadne są także zarzuty apelacji kontestujące wysokość zasądzzonego na rzecz powódki odszkodowania. W art. 18^{3d} k.p. ustanowiono bezpośrednią sankcję odszkodowawczą za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Odszkodowanie za naruszenie tej zasady jest limitowane co do dolnej jego wysokości - nie może być ono bowiem niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego zgodnie ze stosowną ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Chociaż Sąd Okręgowy, z mocy powyższego przepisu związany był jedynie limitem co do dolnej wysokości odszkodowania, zdeterminowanej kwotą minimalnego wynagrodzenia za pracę, to jednak odniósł wysokość zasądzzonego na rzecz powódki odszkodowania, do kwoty miesięcznego wynagrodzenia powódki. Sama strona pozwana podała, że wysokość miesięcznego wynagrodzenia powódki, wyliczona wg zasad obliczania ekwiwalentu za urlop,

wynosi 4.050 zł, stąd zastrzeżenia co do charakteru premii powódki nie mają żadnego znaczenia dla oceny merytorycznej poprawności zaskarżonego wyroku. Okres jednego roku, przyjęty przy obliczeniu wysokości odszkodowania za mnożnik miesięcznej kwoty wynagrodzenia powódki, znajdował natomiast swoje logiczne i merytoryczne uzasadnienie w długości okresu, na jaki miała zostać zawarta umowa o pracę, która nie doszła do skutku wobec zastosowania wobec powódki niedozwolonych kryteriów różnicowania pracowników przy nawiązaniu stosunku pracy.

Powyższy wyrok został zaskarżony w całości Sądu skargą kasacyjną pozwanego. Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów dotychczasowego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje oraz kosztów postępowania kasacyjnego wedle norm przepisanych. Pozwany oparł skargę kasacyjną na naruszeniu prawa materialnego, przez niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 18^{3b} § 1 pkt 1 k.p. w związku z art. 300 k.p. w związku z art. 6 k.c. i przedwczesne przyjęcie, że powódka uruchomiła szczególny mechanizm rozkładu ciężaru dowodu, określony w art. art. 18^{3b} § 1 pkt 1 k.p., wyrażając twierdzenia o dyskryminowaniu jej przez pracodawcę ze względu na wiek i „nepotyzm”, podczas gdy powódka nie przedstawiła żadnych okoliczności ani faktów świadczących o dyskryminacji jej przez pracodawcę ze względu na wiek i „nepotyzm”, tym samym nie uprawdopodobniła swych twierdzeń o dyskryminacji, w związku z czym ciężar dowodu w zakresie określonym w art. 18^{3b} § 1 k.p. pozostał przy powódce.

W uzasadnieniu skargi kasacyjnej skarżący podniósł, że brak jest w sprawie jakichkolwiek faktów świadczących o dyskryminacji powódki z racji wieku. Powódka w toku całego procesu i postępowania dowodowego, poza swoimi twierdzeniami w zakresie osiągnięcia pewnego wieku, nie przedstawiła żadnego materiału dowodowego świadczącego o jej dyskryminacji z tej przyczyny. Nie wskazała na jakiegokolwiek fakty, z którymi miałyby wiązać się jej dyskryminacja. Nie przedstawiła, na czym polegały dyskryminujące ją działania pracodawcy. Tym samym nie uprawdopodobniła, by pozwany dyskryminował ją z racji wieku. W ocenie skarżącego, podobny mechanizm został przez Sąd drugiej instancji zastosowany w

odniesieniu do argumentacji co do istnienia rzekomego nepotyzmu w zakresie traktowania powódki przez pracodawcę. W konkluzji skarżący zarzucił zaskarżonemu rozstrzygnięciu błędne zastosowanie art. 18^{3b} § 1 pkt 1 k.p. w związku z art. 300 k.p. w związku z art. 6 k.c. w oparciu o ustalony stan faktyczny, wyrażające się w przedwczesnym zastosowaniu mechanizmu określonego w tym przepisie, a związanego z zastosowaniem specyficznym ukształtowanego rozkładu ciężaru dowodu i przerzuceniu go na pozwanego, w sytuacji, w której to powódka winna najpierw wskazać na fakty świadczące o dyskryminacji jej z racji osiągnięcia pewnego wieku. Samo wskazywanie na wiek, jako na okoliczność dyskryminującą, nie jest wystarczające do uruchomienia szczególnego rozkładu ciężaru dowodu, określonego w wyżej opisanym unormowaniu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie zasługuje na uwzględnienie.

Analizę trafności zarzutów podnoszonych w ramach kasacyjnej podstawy naruszenia prawa materialnego rozpocząć wypada od przypomnienia, że zasada równości praw oraz zasada niedyskryminacji obowiązują w polskim systemie prawnym na mocy Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) i mającej - zgodnie z art. 91 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej - pierwszeństwo stosowania przed ustawodawstwem krajowym. W myśl art. 14 tej Konwencji, korzystanie z praw i wolności w niej wymienionych powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn. Omawiana zasada wynikała również z art. 141 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, a po wejściu w życie w dniu 1 grudnia 2009 r. zmian wprowadzonych na mocy traktatu lizbońskiego - z art. 157 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz kolejnych dyrektyw unijnych regulujących problematykę między innymi równego traktowania w zatrudnieniu: Dyrektywy Rady z dnia 10 lutego 1975 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw

Państw Członkowskich w zakresie stosowania zasady równego wynagradzania pracowników mężczyzn i kobiet (75/117/EWG); Dyrektywy Rady z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (76/207/EWG); Dyrektywy Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć (97/80/WE), uchylonych dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2006/54/WE, Dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy; Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/73/WE z dnia 23 września 2002 r., zmieniającej Dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzania w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zatrudnieniu, kształceniu i awansu zawodowego oraz warunków pracy; Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/54/WE z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzania w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy. W kształtującym się na tle stosowania tych dyrektyw orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wyrażony jest pogląd zbieżny z prezentowanym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC), zgodnie z którym nie dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania (zakazu dyskryminacji), jeśli wybrane środki (przepisy) odzwierciedlają uzasadniony cel polityki społecznej oraz są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia tego celu (por. w odniesieniu do zakazu dyskryminacji ze względu na płeć: orzeczenie TSUE z 6 lipca 2000 r.; C-407/98, w sprawie Katarina A. i Leif A. przeciwko Elisabet F., w odniesieniu do zakazu dyskryminacji ze względu na wiek: orzeczenie TSUE z 22 listopada 2005 r., C-144/04 w sprawie Verner M. przeciwko Rudiger H.; orzeczenie TSUE z dnia 11 lipca 2006 r., C-13/05, orzeczenie TSUE z 16 października 2007 r., C-411/05 w sprawie P. przeciwko C. S.A., w odniesieniu do prawa do renty z pracowniczego programu emerytalnego: orzeczenie TSUE z 23 września 2008 r., C-427/06 w sprawie Birgit B. przeciwko B. GmbH, w odniesieniu do zakazu dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność: orzeczenie TSUE z dnia 11 lipca 2006 r., C-13/05, w sprawie Sonia C. przeciwko E. S.A.). Trzeba przy tym podkreślić, że prawo unijne ogranicza pojęcie dyskryminacji do

zamkniętego katalogu powodów uważanych za dyskryminujące. Zakres zastosowania Dyrektywy Rady z dnia 27 listopada 2000 r., 2000/78/WE nie może być w drodze analogii rozszerzany poza dyskryminację z przyczyn wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 1 tego aktu, skoro art. 2 ust. 1 dyrektywy stanowi, że do celów tego aktu „zasada równego traktowania” oznacza brak jakichkolwiek form bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji z przyczyn określonych w art. 1 (wyrok TSUE z 11 lipca 2006 r., C-13/05, w sprawie Sonia C. przeciwko E. S.A.).

Powyższe zasady znalazły swój wyraz w art. 32 Konstytucji RP, zgodnie z którym wszyscy są wobec prawa równi i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne; nikt zaś nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny.

Trybunał Konstytucyjny dokonując wykładni tychże zasad wyjaśnia, że wszystkie podmioty prawne, charakteryzujące się daną cechą istotną w równym stopniu, mają być traktowane równo, tzn. według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminacyjnych, jak i faworyzujących. Dopuszczalne jest zatem różne traktowanie przez prawo różnych podmiotów. Natomiast wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących argumentach. Argumenty te muszą zaś mieć charakter relewantny (a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma i służyć realizacji tego celu i treści) i proporcjonalny (czyli waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych) i muszą pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (por. orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 marca 1988 r., U 7/87, OTK 1988 nr 1, poz. 1; z dnia 3 marca 1987 r., P 2/87, OTK 1987 nr 1, poz. 2; z dnia 28 listopada 1995 r., K 17/95, OTK 1995 nr 3, poz. 18; z dnia 3 września 1996 r., K 10/96, OTK 1996 nr 4, poz. 33; z dnia 29 września 1997 r., K 15/97, OTK 1997 nr 3-4, poz. 37; z dnia 14 maja 2001 r., SK 1/00, OTK 2001 nr 4, poz. 84; z dnia 14 lipca 2004 r., SK 8/03, OTK ZU 2004 nr 7/A, poz. 65 i z dnia 24 kwietnia 2006 r., P 9/05, OTK ZU 2006 nr

4/A, poz. 46 i powołane tam orzecznictwo oraz z dnia 16 listopada 2010 r., P 86/08, OTK - A 2010 nr 9, poz. 101).

Urzeczywistnieniem tychże zasad na płaszczyźnie prawa pracy jest zaś regulacja art. 11², zgodnie z którym pracownicy mają równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków; dotyczy to w szczególności równego traktowania mężczyzn i kobiet w zatrudnieniu oraz art. 11³, który stanowi, że jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, 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 - jest niedopuszczalna. Dalszym rozwinięciem tej problematyki są przepisy zamieszczone w rozdziale IIa, zatytułowanym „Równe traktowanie w zatrudnieniu” (między innymi przepisy art. 18^{3a} § 3 i 4 k.p. definiujące pojęcie dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej), wprowadzone do działu I Kodeksu pracy ustawą nowelizującą z dnia 14 listopada 2003 r. (Dz.U. Nr 23, poz. 2081), z mocą obowiązującą od dnia 1 stycznia 2004 r., celem dostosowania polskiego prawa pracy do wymagań Unii Europejskiej, określonych w art. 141 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz wspomnianych wyżej dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego, ukształtowanym na podstawie powyższych unormowań Kodeksu pracy, dyskryminacja w sferze zatrudnienia rozumiana jest jako bezprawne pozbawienie lub ograniczenie praw wynikających ze stosunku pracy albo nierównomierne traktowanie pracowników ze względu na wymienione w przepisie kryteria dyskryminacyjne, a także przyznawanie z tych względów niektórym pracownikom mniejszych praw niż te, z których korzystają inni pracownicy, znajdujący się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej. Nie narusza jednak zasady równości usprawiedliwione i racjonalne zróżnicowanie (dyferencjacja) sytuacji prawnej podmiotów ze względu na różniącą je cechę istotną, relewantną (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 23 października 1996 r., I PRN 94/96, OSNAPiUS 1997 nr 8, poz. 131; z dnia 10 września 1997 r., I PKN 246/97, OSNAPiUS 1998 nr 12, poz. 360; z dnia 16 listopada 2001 r., I PKN

696/00, OSNP 2003 nr 20, poz. 486; z dnia 12 grudnia 2001 r., I PKN 182/01, OSP 2002 nr 11, poz. 150; z dnia 23 listopada 2004 r., I PK 20/04, OSNP 2005 nr 13, poz. 185; z dnia 11 stycznia 2006 r., II UK 51/05, PiZS 2006 nr 9, s. 34; z dnia 14 lutego 2006 r., III PK 109/05, OSNP 2007 nr 1-2, poz. 5; z dnia 14 lutego 2006 r., III UK 150/05, LEX nr 272551; z dnia 14 stycznia 2008 r., II PK 102/07, Monitor Prawa Pracy 2008 nr 8, s. 440 oraz uchwała z dnia 8 stycznia 2002 r., III ZP 31/01, OSNAPiUS 2002 nr 12, poz. 284).

Zwraca się przy tym uwagę, że przepis art. 11² k.p. wyraża zasadę równych praw pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków, ze szczególnym podkreśleniem równych praw pracowników bez względu na płeć. Do kategorii podmiotów objętych tym przepisem należą więc pracownicy charakteryzujący się wspólną cechą istotną (relewantną), jaką jest jednakowe pełnienie takich samych obowiązków. Wynika z tego, po pierwsze - że dopuszczalne jest różnicowanie praw pracowników, którzy bądź pełnią inne obowiązki, bądź takie same, ale niejednakowo oraz po drugie - iż sytuacja prawna pracowników może być różnicowana ze względu na odmienności wynikające z ich cech osobistych (predyspozycji) i różnic w wykonywaniu pracy (dyferencjacja). Z zasadą tą nie jest tożsama zasada niedyskryminacji określona w art. 11³ k.p. Zgodnie z tym przepisem, jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, 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 - jest niedopuszczalna. Dyskryminacją nie jest więc każde nierówne traktowanie danej osoby lub grupy w porównaniu z innymi, ale takie, które występuje ze względu na ich „inność” (odrębność, odmiennność) i nie jest uzasadnione z punktu widzenia sprawiedliwości opartej na równym traktowaniu wszystkich, którzy znajdują się w takiej samej sytuacji faktycznej lub prawnej. Inaczej mówiąc, dyskryminacją w rozumieniu art. 11³ k.p. nie jest nierówne traktowanie pracowników z jakiegokolwiek przyczyny, ale ich zróżnicowanie ze względu na odrębności, o których przepis ten stanowi. Dyskryminacja w odróżnieniu od „zwykłego” nierównego traktowania oznacza gorsze traktowanie

pracownika ze względu na jego cechę lub właściwość, określoną w Kodeksie pracy jako przyczyna (w języku prawniczym także jako podstawa bądź kryterium) dyskryminacji.

Wyrażona w art. 11³ k.p. zasada niedyskryminacji znalazła rozwinięcie w przepisach rozdziału IIa działu I Kodeksu pracy, regulującego zagadnienie równego traktowania w zatrudnieniu. Zgodnie z art. 18^{3a} § 1 k.p. pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, 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. Wzorowany na art. 2 Dyrektywy Rady z dnia 27 listopada 2000 r., 2000/78/WE, przepis art. 18^{3a} § 2 k.p. zawiera definicję równego traktowania w zatrudnieniu, stanowiąc, że oznacza ono niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio z przyczyn określonych w § 1 tego artykułu, a więc uznanych przez ustawodawcę za dyskryminujące. W myśl art. 18^{3a} § 3 k.p. dyskryminowanie bezpośrednio istnieje wtedy, gdy pracownik z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p. był, jest lub mógłby być traktowany - w porównywalnej sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy. Stosownie do art. 18^{3b} § 1 pkt 2 k.p., naruszeniem zakazu dyskryminacji jest różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika z jednej lub kilku przyczyn określonych w art. 18^{3a} § 1 k.p. (a więc z powodów uważanych za dyskryminujące), jeżeli jego skutkiem jest, między innymi, niekorzystne kształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą, chyba że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami.

W judykaturze Sądu Najwyższego przeważa pogląd, że zasada niedyskryminacji jest kwalifikowaną postacią nierównego traktowania pracowników. Ścisły związek pomiędzy zasadami wyrażonymi w art. 11² i art. 11³ k.p. polega na tym, że jeśli pracownicy, mimo że wypełniają tak samo jednakowe obowiązki, traktowani są nierówno ze względu na przyczyny określone w art. 11³ (art. 18^{3a} § 1)

k.p., wówczas mamy do czynienia z dyskryminacją. Jeżeli jednak nierówność nie jest podyktowana zakazanymi przez ten przepis kryteriami, wówczas można mówić tylko o naruszeniu zasady równych praw (równego traktowania) pracowników, o której stanowi art. 11² k.p., a nie o naruszeniu zakazu dyskryminacji wyrażonym w art. 11³ k.p. Rodzi to istotne konsekwencje, gdyż przepisy Kodeksu pracy odnoszące się do dyskryminacji nie mają zastosowania w przypadkach nierównego traktowania niespowodowanego przyczyną uznaną za podstawę dyskryminacji (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 sierpnia 2009 r., I PK 28/09, Monitor Prawa Pracy 2010 nr 3, s. 148-151 oraz z dnia 18 kwietnia 2012 r., II PK 196/11, LEX nr 1212811 i przywołane w nich orzeczenia). Jeśli zatem pracownik zarzuca pracodawcy naruszenie przepisów dotyczących zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu, to powinien wskazać przyczynę, ze względu na którą dopuszczono się wobec niego aktu dyskryminacji (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 1998 r., I PKN 484/97, OSNAPiUS 1998 nr 24, poz. 710; z dnia 12 grudnia 2001 r., I PKN 182/01, OSNP 2003 nr 23, poz. 571; z dnia 23 stycznia 2002 r., I PKN 816/00, OSNP 2004 nr 2, poz. 32; z dnia 17 lutego 2004 r., I PK 386/03, OSNP 2005 nr 1, poz. 6; z dnia 5 maja 2005 r., III PK 14/05, OSNP 2005 nr 23, poz. 376; z dnia 10 października 2006 r., I PK 92/06, Monitor Prawa Pracy 2007 nr 1, s. 32; z dnia 9 stycznia 2007 r., II PK 180/06, OSNP 2008 nr 3-4, poz. 36; z dnia 28 maja 2008 r., I PK 259/07, OSNP 2009 nr 19-20, poz. 256; z dnia 18 sierpnia 2009 r., I PK 28/09, LEX nr 528155; z dnia 12 marca 2010 r., II PK 279/09, LEX nr 602247; z dnia 21 stycznia 2011 r., II PK 169/10, LEX nr 1095824; z dnia 7 kwietnia 2011 r., I PK 232/10, LEX nr 794548; z dnia 2 października 2012 r., II PK 82/12, OSNP 2013 nr 17-18, poz. 202).

Konkludując wypada zauważyć, że mimo tego, iż zarówno Konstytucja RP, jak i Kodeks pracy zabraniają jakiegokolwiek nierównego traktowania (nierównego traktowania w zatrudnieniu) a nie tylko jego kwalifikowanej postaci, jaką jest dyskryminacja (czyli nierówne traktowanie z uwagi na wymienione w przepisach kryteria dyskryminacji), to roszczenie o odszkodowanie wywodzone z art. 18^{3d} k.p. przysługuje jedynie za ową kwalifikowaną postać nierównego traktowania. Przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej pracodawcy jest w tym przypadku samo naruszenie zasady niedyskryminacji - bezprawność zachowania pracodawcy

(por. powołany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2008 r., I PK 259/07, a także wyroki z dnia 7 grudnia 2011 r., II PK 77/11, Monitor Prawa Pracy 2012 nr 3, s. 149-152; z dnia 18 kwietnia 2012 r., II PK 196/11, LEX nr 1212811; z dnia 10 maja 2012 r., II PK 227/11, LEX nr 212057 oraz z dnia 14 stycznia 2013 r., I PK 164/12, LEX nr 1348189).

Jednym z ustawowych kryteriów dyskryminacji jest wiek pracownika. Do zakazu dyskryminacji ze względu na wiek odnoszą się ogólne regulacje traktatowe, zwłaszcza postanowienia art. 10 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r., s. 47), który zawiera nakaz zwalczania przez Unię Europejską wszelkiej dyskryminacji, między innymi ze względu na wiek, przy określaniu i realizacji jej polityki i działań (tzw. strategia mainstreaming) oraz art. 19 tego Traktatu, który stanowi podstawę do przyjmowania aktów prawa wtórnego służącego walce z dyskryminacją ze względu na to kryterium. Wiek został też uwzględniony jako odrębna podstawa w art. 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych UE (Dz.Urz. UE C 326 z dnia 26 października 2012 r., s. 391), zawierającym ogólny zakaz dyskryminacji. Bardziej szczegółowe regulacje w tym zakresie odnajdujemy natomiast w Dyrektywie Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. UE L 303 z dnia 2 grudnia 2000 r., s. 16-22). Do wieku odnosi się przede wszystkim postanowienie art. 6 tej Dyrektywy, które upoważnia państwa członkowskie UE do usprawiedliwienia odmiennego traktowania ze względu na to kryterium obiektywnie i racjonalnie uzasadnionym, zgodnym z przepisami celem, w szczególności celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, przy zachowaniu wymogów wynikających z zasady proporcjonalności. Usprawiedliwieniem dla odmiennego traktowania pracowników ze względu na wiek są zaś najczęściej względy bezpieczeństwa dla samego pracownika lub bezpieczeństwa publicznego albo wyrównywanie szans pracowników na rynku pracy. Analiza orzeczeń TSUE pozwala na sformułowanie kilku wniosków natury ogólnej. Przede wszystkim uznaje on zasadę niedyskryminacji ze względu na wiek za ogólną zasadę prawa unijnego. Jednocześnie wyjaśnia, że taki status wiąże się z tym, iż stanowi ona konkretne zastosowanie ogólnej zasady równości. Mimo, że dyrektywa 2000/78/WE

przewiduje więcej wyjątków od zakazu dyskryminacji ze względu na wiek niż z uwagi na pozostałe regulowane w niej kryteria, to jednak kryterium tego nie można traktować jako mniej istotnego od innych (por. J. Maliszewska-Nienartowicz, Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w świetle rozstrzygnięć TS wydanych w okresie 2010-2013, EPS 2014 nr 5, s. 31 i nast. oraz powołane tam orzecznictwo TSUE).

Na to właśnie kryterium dyskryminacyjne wskazywała D.K. w pozwie przeciwko Urzędowi [...] w W. o odszkodowanie z tytułu nierównego traktowania w zatrudnieniu. W kontekście podniesionych przez skarżącego zarzutów kasacyjnych pozostaje rozważyć, czy powódka uprawdopodobniła fakt dyskryminacji przez pracodawcę jej osoby w zakresie nawiązania stosunku pracy na dalszy czasookres oraz przyczynę nierównego traktowania w postaci wieku.

W tej materii godzi się zauważyć, że wzorowany na art. 4 ust. 1 Dyrektywy Rady 97/80/WE (obecnie art. 19 Dyrektywy Rady 2006/54/WE) oraz art. 10 Dyrektywy Rady 2000/78/WE przepis art. 18^{3b} § 1 k.p. zmienia w procesie o odszkodowanie za naruszenie zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu rozkład ciężaru dowodu przewidziany w art. 6 k.c. w związku z art. 300 k.p. Z przepisu art. 18^{3b} § 1 k.p. wynika, że za naruszenie zasady równego traktowania pracowników, z pewnymi wyjątkami, uważa się zróżnicowanie przez pracodawcę sytuacji z jednej lub kilku dyskryminujących przyczyn, „chyba że pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami”. Jak wspomniano wyżej, przepis ten koresponduje z art. 10 ust. 1 Dyrektywy Rady 2000/78 z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. WE L 303 z dnia 2 grudnia 2000 r., s. 16, Dz.Urz. UE - sp. 05, t. 4, s. 79). Stanowi on, że zgodnie z ich krajowymi systemami sądowymi, Państwa Członkowskie podejmują niezbędne środki dla zapewnienia, aby strona pozwana musiała udowodnić, że nie wystąpiło pogwałcenie zasady równego traktowania, w przypadku gdy osoby, które uważają się za pokrzywdzone w związku z nieprzestrzeganiem wobec nich zasady równego traktowania, ustalą przed sądem lub innym właściwym organem fakty, które nasuwają przypuszczenie o zaistnieniu bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji.

Na podstawie podobnej regulacji zamieszczonej w art. 4 Dyrektywy 97/80 z dnia 15 grudnia 1997 r. dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze

względu na płeć, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził w pkt 4 wyroku z dnia 10 marca 2005 r., C-196/02 w sprawie Vasiliki Nikolouki przeciwko Organismos Tilepikoinonion Ellaados AE (ZOTSiS 2005 3A -/I- 1889), że „w przypadku, gdy pracownik powołuje się na naruszenie zasady równości traktowania na jego niekorzyść i gdy przedstawi on fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, wykładni prawa wspólnotowego, a w szczególności dyrektywy Rady 97/80 (...) należy dokonać w ten sposób, iż na stronie pozwanej ciąży obowiązek dowiedzenia, że naruszenie tej zasady nie miało miejsca”.

Na gruncie dyrektyw unijnych mamy zatem do czynienia z ciężarem dowodu dzielonym między pracodawcę i pracownika. Pracownik, który uważa się za osobę pokrzywdzoną w związku z nieprzestrzeganiem wobec niego zasady niedyskryminacji, jest zobowiązany co najmniej uprawdopodobnić dyskryminację. Powinien przy tym wskazać fakty, na podstawie których można wysnuć o niej przypuszczenie. Z kolei pracodawca może wzruszyć zarzut pracownika udowadniając, że nie złamał zasady równego traktowania.

Już w wyroku z dnia 27 października 1993 r., C-127/92 w sprawie dr Pamela Enderby przeciwko Publicznej Służbie Zdrowia we Frenchay i Sekretarzowi Stanu ds. Zdrowia (LEX nr 122722), TSUE stwierdził, że obowiązek przedstawienia dowodów na potwierdzenie faktów stanowiących podstawę roszczenia zasadniczo obarcza osobę skarżącą. Z tego powodu ciężar dowodu występowania dyskryminacji płacowej ze względu na płeć obarcza generalnie pracownika uważającego się za ofiarę dyskryminacji. Należy jednak mieć na uwadze fakt, że *onus probandi* może zostać przesunięte, jeśli w przeciwnym wypadku pozbawiałoby pracownika środków egzekwowania zasady równego traktowania. Jeżeli w związku z różnicowaniem pracowników ze względu na przepracowany czas powstaną ujemne skutki dla znacznie większej liczby osób jednej niż drugiej płci, to działanie takie zostanie uznane za sprzeczne z art. 119 TWE, chyba że pracodawca wykaże, że opiera się ono na obiektywnie uzasadnionych czynnikach, które nie mają związku z dyskryminacją ze względu na płeć.

Analogiczne stanowisko Trybunał zajął w wyroku z dnia 17 lipca 2008 r., C-303/06 w sprawie S. Coleman przeciwko Attridge Law i Steve Law (Zb. Orz.

2011, s. I - 05603) stwierdzając, że w sprawie przed sądem krajowym to na powódce ciąży obowiązek, zgodnie z art. 10 ust. 1 Dyrektywy 2000/78/WE, przedstawienia faktów pozwalających domniemywać istnienie dyskryminacji bezpośredniej ze względu na niepełnosprawność. W przypadku, gdyby powódka przedstawiła fakty pozwalające domniemywać istnienia dyskryminacji bezpośredniej, skuteczne stosowanie zasady równego traktowania wymagałoby wówczas, by ciężar dowodu w postępowaniu przed sądem krajowym spoczywał na pozwanych, którzy musieliby udowodnić, że zasada ta nie została naruszona. W tym kontekście pozwani mogliby kwestionować istnienie takiego naruszenia przez wykazanie za pomocą wszelkich środków prawnych, między innymi, że traktowanie, jakiemu został poddany pracownik, jest uzasadnione obiektywnymi czynnikami i niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na niepełnosprawność, jak również z jakimkolwiek stosunkiem łączącym tego pracownika z osobą niepełnosprawną.

Odnosnie do problematyki dyskryminacji w nawiązywaniu stosunków pracy, w wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., C-54/08 w sprawie Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding przeciwko Firmie Feryn NV (EUR - LEX nr 62007CJ0054), Trybunał skonstatował, że publiczne oświadczenia, w których pracodawca informuje, iż w ramach swojej polityki rekrutacyjnej nie będzie zatrudniał osób o określonym pochodzeniu etnicznym lub rasowym, są wystarczające dla domniemania, w rozumieniu art. 8 Dyrektywy 2000/43, że ma miejsce bezpośrednio dyskryminująca polityka zatrudnienia. Do tego pracodawcy należy zatem przedstawienie dowodu, że nie naruszył zasady równego traktowania. Może to uczynić przez wykazanie, że rzeczywista praktyka zatrudniania stosowana przez przedsiębiorstwo nie odpowiadała tym oświadczeniom. Do sądu krajowego należy ustalenie, czy zarzucane temu pracodawcy fakty zostały udowodnione, oraz ocena, czy dowody przedstawione na poparcie twierdzeń pracodawcy, że nie naruszył zasady równego traktowania, są wystarczające.

Nawiązując do powyższego orzeczenia w wyroku z dnia 25 kwietnia 2013 r., C-81/12, sprawie Asociața Accept przeciwko Consiliul National pentru Combaterea Discriminării, Trybunał zauważył, że z wyroku w sprawie Feryn nie można wnioskować, iż aby zostało ustalone zgodnie z art. 10 ust. 1 Dyrektywy

2000/78/WE wystąpienie faktów, które nasuwają przypuszczenie o zaistnieniu dyskryminacji, składający oświadczenie dotyczące polityki zatrudnienia określonej jednostki musiał koniecznie mieć zdolność do czynności prawnych w zakresie bezpośredniego określania tej polityki bądź nawet zobowiązania lub reprezentowania tej jednostki w dziedzinie zatrudnienia. Sama bowiem okoliczność, że takie oświadczenia nie pochodzą bezpośrednio od określonej strony obwinionej, nie stoi na przeszkodzie temu, by można ustalić w odniesieniu do tej strony wystąpienie faktów, które nasuwają przypuszczenie o zaistnieniu dyskryminacji.

Wreszcie w wyroku z dnia 17 października 1989 r., C-109/88, w sprawie *Handels - og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark* przeciwko *Dansk Arbejdsgiverforening* (LEX nr 129593) Trybunał zajął się problemem ciężaru dowodu w przypadku, gdy przedsiębiorstwo stosowało mało przejrzysty system szacowania wynagrodzenia. Zdaniem TSUE, w takiej sytuacji pracodawcę obarcza obowiązek udowodnienia tego, że ustalanie wynagrodzenia nie ma charakteru dyskryminującego kobiet. Pogląd ten zachowuje aktualność także w sytuacji, gdy pracodawca stosuje nieprecyzyjne kryteria naboru pracowników na wolne stanowiska pracy.

Podążając śladami orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej również Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, 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 (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 przepisu 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 różnicowania 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 różnicowania sytuacji pracowników uwalnia go od zarzutu dyskryminacji, niezależnie od tego, jakie jej kryterium było przedmiotem zarzutu. W art. 18^{3b} § 1 k.p. *in fine* 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.

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 naszym przypadku pozwany pracodawca) musi włożyć znacznie więcej wysiłku w obalenie głoszonych 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 natomiast uprawdopodobnienia pracodawca musiałby 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. Iżykowski, 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. Gołat, 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, iż ustalenia dokonane w wyżej opisanym trybie będą przyjmowane bezkrytycznie, także bowiem procedury uprawdopodobnienia pozbawione formalizmu objęte są działaniem zasady prawdy obiektywnej.

W sprawie o odszkodowanie z tytułu odmowy zatrudnienia o dyskryminującym charakterze powód powinien wykazać, że ubiegał się o

zatrudnienie, miał wymagane do zatrudnienia na danym stanowisku kwalifikacje, a zatrudniona została osoba, która nie odznacza się cechą posiadaną przez powoda (np. płeć). Dopiero w następnej kolejności pracodawca obowiązany jest wykazać obiektywne przyczyny, którymi kierował się podejmując decyzję odmowną. Odmowa nawiązania stosunku pracy albo odmowa kontynuowania stosunku pracy („przedłużenia” trwającej umowy zawartej na czas określony lub zawarcia nowej umowy na czas określony) musi być zatem uzasadniona przyczynami niedyskryminującymi pracownika. Nieprzeprowadzenie przez pracodawcę dowodu niedyskryminacji osoby ubiegającej się o nawiązanie stosunku pracy lub jego kontynuowanie uprawnia tę osobę do odszkodowania przewidzianego w art. 18^{3d} k.p.

Owe obiektywne powody, o jakich mowa w art. 18^{3b} § 1 k.p., jako kryteria pozwalające różnicować pracowników, to między innymi stan zdrowia, rzeczywiste kwalifikacje, staż pracy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., I PK 242/06, LEX nr 375544 czy wyrok TSUE z dnia 3 października 2006 r., C-15/05 w sprawie B.F. Cadman przeciwko Health & Safety Executive, M. Praw. 2006 nr 11, s. 619). Są nimi także przyczyny ekonomiczne. Orzecznictwo TSUE wypracowało warunki umożliwiające odwoływanie się do przyczyn ekonomicznych. W pierwszej kolejności trzeba uzyskać pewność, że obiektywna przyczyna ekonomiczna nie wiąże się z dyskryminacją ze względu na płeć. Postawienie problemu w taki sposób oznacza, że wystąpienie przyczyny ekonomicznej nie uchyli zakazu dyskryminacji ze względu na płeć. Drugi warunek to wymóg niezbędności i proporcjonalności z punktu widzenia założonego celu uzasadniającego podjęte działanie (I. Boruta, *Dyskryminacja w pracy ze względu na płeć w ujęciu prawnym - porównawczym*, *Studia Prawno - Ekonomiczne* 1994, t. 49, s. 66). Również na gruncie art. 18^{3b} § 1 k.p., udowodnienie, że cel, jaki przyświecał pracodawcy dokonującemu różnicowania pracowników, jest zgodny z prawem, nie jest wystarczające dla uwolnienia się od odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu naruszenia zakazu dyskryminacji. Przepis ten wymaga, aby środki służące osiągnięciu tego celu były właściwe i konieczne. Należy zatem zbadać, czy cel nie mógłby zostać osiągnięty w inny sposób.

Wbrew zarzutom skarżącego, D.K. sprostowała ciężącemu na niej obowiązki

uprawdopodobnienia faktu nierównego traktowania w zatrudnieniu z uwagi na wiek.

Wykazała bowiem, że w przeciwieństwie do innych osób zatrudnionych w oddziałach pozwanego Urzędu na stanowiskach doradców do spraw jakości ([...]), po zakończeniu umowy o pracę na czas określony nie porzeczono na analizie wyników dotychczasowej pracy powódki, by w razie pozytywnej oceny przedłużyć stosunek pracy na kolejny rok, lecz wszczęto proces rekrutacji, po zakończeniu którego odmówiono jej dalszego zatrudnienia, a przyjęto na zwolnione stanowisko P. R., mimo, że powódka legitymowała się niemniejszymi od konkurentki kwalifikacjami i większym doświadczeniem zawodowym oraz stażem pracy u pozwanego, a nadto posiadała już praktykę w sprawowaniu funkcji doradcy do spraw jakości i została pozytywnie oceniona na tym stanowisku przez bezpośrednich przełożonych. Natomiast w toku procedury rekrutacyjnej Dyrektor Centrum [...] i [...] wystawiła powódce opinię, która nie odpowiadała rzeczywistości, lecz miała zdyskredytować D. K. jako kandydatkę na stanowisko doradcy do spraw jakości i pozbawić ją szans na dalsze zatrudnienie w tym charakterze. Tym, co niewątpliwie różniło obie kandydatki, był ich wiek (powódka jest o ponad 20 lat starsza od P.R.), chociaż pracodawca nie wskazał żadnych racjonalnych przyczyn dla stosowania barier wiekowych przy zatrudnieniu na stanowisku doradcy do spraw jakości. W tej sytuacji, z uwagi na skuteczne przeprowadzenie przez powódkę procesu uprawdopodobnienia faktu nierównego traktowania w zatrudnieniu i jego niedozwolonej przyczyny, na pozwanego przeszedł ciężar dowodu na okoliczność, że - przy braku jasno sprecyzowanych kryteriów rekrutacji na wolne stanowisko doradcy do spraw jakości - dokonując wyboru pracownika kierował się przesłankami o niedyskryminacyjnym charakterze. Pozwany nie sprostął temu ciężarowi. Nie wykazał bowiem, aby odmowa zawarcie z D. K. umowy o pracę na kolejny rok była podyktowana innymi - niż sugerowane przez powódkę - przesłankami o obiektywnym charakterze. Z poczynionych przez Sady oby instancji i wiążących dla Sądu Najwyższego (zwłaszcza wobec niepodniesienia przez skarżącego zarzutów w ramach kasacyjnej podstawy naruszenia przepisów postępowania) ustaleń wynika, że nieprawdzie są stawiane w sporządzonej przez Dyrektora A. G. opinii zastrzeżenia dotyczące nieprawidłowego wywiązywania się przez powódkę z obowiązków na zajmowanym dotychczas stanowisku, a mające

stanowić - według pozwanego - uzasadnienie dla decyzji o niezatrudnieniu D. K. na dalszy okres czasu. Pracodawca nie wykazał także, aby konkurentka powódki P.R. odznaczała się większymi od niej umiejętnościami zawodowymi, a przyjęcie do Urzędu w charakterze doradcy do spraw jakości osoby niemającej - w przeciwieństwie do powódki - żadnego doświadczenia w pracy na tym stanowisku i dopiero wdrażającej się przez wiele miesięcy do nowych obowiązków, podyktowane było rzeczywistym interesem pozwanego.

Dla uznania zasadności roszczeń odszkodowawczych w tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu wystarcza uprawdopodobnienie przez pracownika faktu dyskryminacji przez pracodawcę z uwagi na jedną z niedozwolonych przesłanek. Sprostanie przez powódkę temu wymaganiu przemawia za oddaleniem skargi kasacyjnej. Wielość zastosowanych przez pozwanego kryteriów dyskryminacyjnych mogłaby wskazywać na wysoki stopień bezprawności zachowania pracodawcy i rzutować na kwotę zasądzonego świadczenia, ale wobec niepodniesienia przez skarżącego zarzutu naruszenia art. 18^{3d} k.p.c., zagadnienia te wykraczają poza zakres rozważań Sądu Najwyższego w niniejszej sprawie. Jednakże ze względu na ustalenie przez Sąd Apelacyjny, że pozwany dopuścił się dyskryminacji powódki z uwagi na kolejną niedozwoloną przesłankę i stawiane przez skarżącego zarzuty w tym zakresie, należy odnieść się do tej kwestii.

W rozpoznawanej sprawie, poza wiekiem, tymże niedozwolonym kryterium dyskryminacji powódki przy zawieraniu umowy o pracę na kolejny okres czasu był - według ustaleń Sądu drugiej instancji - swoisty układ łączący jej konkurentkę P. R. z Dyrektorem Centrum [...] i [...] pozwanego Urzędu A. G.

Co do charakteru wymienionych w Kodeksie pracy kryteriów dyskryminacyjnych należy przytoczyć pogląd wyrażony w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2012 r., II PK 82/12 (OSNP 2013 nr 17-18, poz. 202) i z dnia 6 kwietnia 2017 r., III PK 100/16, (LEX nr 2331696), w których zauważono, że przepis art. 18^{3a} § 1 k.p. (podobnie jak art. 11³ k.p.) nie zawiera zamkniętego katalogu powodów dyskryminacji, ale - posługując się określeniem „w szczególności” - wymienia je przykładowo. Prezentowane więc może być stanowisko, że skoro art. 18^{3a} § 1 k.p. wymienia przykładowo wśród zakazanych

kryteriów również zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony oraz w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy, a § 2 tego artykułu zakazuje dyskryminowania w jakikolwiek sposób, to każde zróżnicowanie pracowników ze względu na wszelkie (jakiegokolwiek) kryteria może być uznane za dyskryminację, jeżeli pracodawca nie udowodni, iż kierował się obiektywnymi powodami (tak np. Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 12 września 2006 r., I PK 87/06, OSNP 2007 nr 17-18, poz. 246; z dnia 12 września 2006 r., I PK 89/06, Monitor Prawa Pracy 2007 nr 2, s. 88 i z dnia 22 lutego 2007 r., I PK 242/06, Monitor Prawa Pracy 2007 nr 7, s. 336). Jednak ściśle odczytanie art. 18^{3a} k.p. prowadzi do wniosku, że ustanowiony w § 2 tego artykułu zakaz dyskryminowania w jakikolwiek sposób oznacza zakaz wszelkich zachowań stanowiących przejaw dyskryminowania z przyczyn określonych w jego § 1, a ten ostatni przepis wyodrębnia dwie grupy zakazanych kryteriów. Nakazuje on bowiem równe traktowanie pracowników, po pierwsze - bez względu na ich cechy lub właściwości osobiste i te zostały wymienione przykładowo („w szczególności”), a po drugie („a także”) - bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Rozdzielenie tych dwóch grup kryteriów dyskryminacji zwrotem „a także bez względu na” pozwala na przyjęcie, że przykładowe wymienienie przyczyn dyskryminacji („w szczególności”) odnosi się tylko do pierwszej z tych grup. Przykładowe wyliczenie objętych nią kryteriów wskazuje, że niewątpliwie chodzi tu o cechy i właściwości osobiste człowieka niezwiązane z wykonywaną pracą i to o tak doniosłym znaczeniu społecznym, że zostały przez ustawodawcę uznane za zakazane kryteria różnicowania w dziedzinie zatrudnienia. Otwarty katalog tych przyczyn pozwala zatem na jego uzupełnienie wyłącznie o inne cechy (właściwości, przymioty) osobiste o społecznie doniosłym znaczeniu, takie jak np. światopogląd, nosicielstwo wirusa HIV, a nawet wygląd, jeżeli w określonych okolicznościach może być uznany za przyczynę różnicowania pracowników stanowiącego przejaw dyskryminacji (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 października 2007 r., I PK 24/07, OSNP 2008 nr 23-24, poz. 347). W orzecznictwie Sądu Najwyższego za kryterium dyskryminacyjne uznano między innymi rodzicielstwo w sytuacji, gdy samo nierówne traktowanie polegało na ustaleniu pracownicy powracającej z urlopu wychowawczego znacznie niższego

wynagrodzenia niż otrzymywane przez osoby zatrudnione na takich samych stanowiskach (wyrok z dnia 25 lutego 2016 r., II PK 357/14, niepublikowany) oraz obywatelstwo (wyrok z dnia 7 listopada 2016 r., III PK 11/16, LEX nr 2171119).

Do niedozwolonych przesłanek różnicowania sytuacji pracowników judykatura zalicza zatem - poza kryteriami wprost wymienionymi w art. 11³ k.p. oraz art. 18^{3a} § 1 k.p. - okoliczności, które nie mają oparcia w odrębnościach związanych kwalifikacjami pracownika oraz sposobem wywiązywania się z obowiązków pracowniczych. Trzeba jednak zachować ostrożność w rozszerzaniu katalogu niedozwolonych kryteriów dyskryminacyjnych, bowiem powiązanie z osobą pracownika powinny one być także istotne ze społecznego punktu widzenia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2017 r., I PK 367/16).

Prawdą jest, że katalog dotyczących osoby pracownika kryteriów dyskryminacyjnych jest otwarty. Jednakże kryteriami tymi mogą być tylko takie niezwiązane z wykonywaną pracą cechy osobiste pracownika, które mają konkretny i weryfikowalny charakter, a gorsze traktowanie z uwagi na te przesłanki jest społecznie nieakceptowalne. Zasadniczo więc kryteriów tych nie stanowią pojęcia niedookreślone, nieostre. Wspomniane przymioty osobiste oraz ich wpływ na dyskryminacyjne dla pracownika decyzje pracodawcy są przecież przedmiotem uprawdopodobnienia a następnie dowodzenia stron w procesie sądowym o odszkodowanie z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu.

Skoro w grę wchodzi cechy dotyczące osoby pracownika - ofiary dyskryminacji a nie pracodawcy - sprawcy dyskryminacji, to również sugerowany przez powódkę nepotyzm definiowany (jako faworyzowanie krewnych i przyjaciół przy obsadzaniu wysokich stanowisk i rozdawaniu godności przez osoby wpływowe) bez wyjaśnienia tego pojęcia i sposobu jego transformacji na płaszczyznę praktyk dyskryminacyjnych, mógłby zostać opatrzenie rozumiany nie jako przymiot osobowości pracodawcy czy motyw jego działania wobec pracowników, lecz właśnie jako cecha dyskryminowanej osoby. Trzeba jednak zgodzić się z Sądem Apelacyjnym, że złożoność pewnych zjawisk występujących w środowisku pracy i trudności w ich zdefiniowaniu nie zwalniają sądu rozpoznającego powództwo odszkodowawcze z tytułu naruszenia zasady niedyskryminacji z próby nadania tym zjawiskom przymiotu prawnie

niedopuszczalnych praktyk z określonymi konsekwencjami procesowymi tego stanu rzeczy. Zatem to, że pewnych negatywnych zjawisk występujących w środowisku pracy nie można określić jednym słowem, lecz trzeba to uczynić w sposób opisowy, nie pozbawia tych zjawisk znamion kryterium dyskryminacyjnego.

Warto dodać, że wspomniane cechy osobowości jako kryteria dyskryminacyjne mogą dotyczyć bezpośrednio pracownika, ale mogą też odnosić się do osób, z którymi pracownik pozostaje w ścisłych relacjach i z uwagi na te relacje jest on dyskryminowany w zatrudnieniu. Zwrócił na to uwagę Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 17 lipca 2008 r., C-303/06, w sprawie S. Coleman przeciwko Attridge Law i Steve Law (ZOTSiS 2008/7B /I - 5603...) wyjaśniając, że wykładni Dyrektywy 2000/78 ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, a w szczególności jej art. 1 oraz art. 2 ust. 1 i art. 2 ust. 2 lit. a), należy dokonywać w ten sposób, że zakaz dyskryminacji bezpośredniej, jaki przewidują, nie ogranicza się tylko do osób, które same są niepełnosprawne. Zasada równego traktowania, ustanowiona w tej Dyrektywie w obszarze zatrudnienia i pracy, stosuje się nie do jednej kategorii określonych osób, lecz w zależności od przyczyn, o których mowa w art. 1 Dyrektywy. Jeśli zatem pracodawca traktuje pracownika, który sam nie jest niepełnosprawny, mniej przychylnie niż traktuje, traktował lub traktowałby innego pracownika w porównywalnej sytuacji i gdy wykazano, że mniej korzystne traktowanie tego pracownika związane jest z niepełnosprawnością jego dziecka, któremu zapewnia on zasadniczą opiekę stosowną do potrzeb, to takie traktowanie jest sprzeczne z zakazem dyskryminacji bezpośredniej, o której mowa w art. 2 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy. W wydanej w tej sprawie opinii Rzecznik Generalny podkreślił, że problem sprowadza się do pytania, czy Dyrektywa zakazuje dyskryminacji ze względu na więź. Bezpośrednie wskazanie osoby mającej szczególną właściwość nie jest jedynym sposobem jej dyskryminowania; istnieją także inne, bardziej subtelne i mniej oczywiste tego sposoby. Jednym ze sposobów podważania godności i autonomii osób należących do określonej grupy jest wskazanie nie ich, lecz osób trzecich, które są blisko z nim związane i same nie należą do tej grupy. Silna idea równości oznacza, że owe subtelne formy dyskryminacji powinny być również objęte prawodawstwem antydyskryminacyjnym,

jako że wpływają one także na osoby objęte wątpliwą klasyfikacją. Faktycznie godność osoby posiadającej wątpliwą właściwość jest naruszona tak samo przez bezpośrednią dyskryminację, jak przez świadomość, że ktoś inny jest dyskryminowany tylko dlatego, że jest z tą osobą związany. W ten sposób osoba, która jest bezpośrednią ofiarą dyskryminacji, nie tylko sama cierpi zło, ale także staje się środkiem, za pomocą którego godność osoby należącej do wątpliwej klasyfikacji jest podważana.

Powyższy wyrok zapadł wprawdzie w sprawie o odmiennym od niniejszego stanie faktycznym, bo dotyczącym dyskryminacji pracownika ze względu na niepełnosprawność bliskiej mu osoby, jednak istotne jest podkreślenie przez Trybunał roli więzi personalnej (w tym przypadku rodzinnej) pracownika z osobą odznaczającą się cechą uznawaną za kryterium dyskryminacyjne, w analizie zagadnienia nierównego traktowania w zatrudnieniu. W grę mogą wchodzić także więzi (lub ich brak) z występującymi w środowisku pracy i mającymi wpływ na podejmowanie decyzji kadrowych nieformalnymi grupami osób, wyodrębnionymi ze względu na różne przymioty osobiste członków tychże koterii (przymioty o niezawodowym charakterze, jak pokrewieństwo, powinowactwo, powiązania towarzyskie), gdy od istnienia tych więzi zależy sposób traktowania pracowników przez pracodawcę.

Pozostaje rozważyć, czy ma rację Sąd Apelacyjny stwierdzając, że niedozwolonym kryterium różnicowania pracowników jest wspomniany „układ”. Trzeba podkreślić, że „układ” jest pojęciem wieloznaczeniowym. Należy zatem określić to kryterium w sposób opisowy, wskazać szerzej, o jaki układ chodzi. Zdaniem Sądu drugiej instancji, układem tym są bliskie pojęciu „nepotyzm”, społecznie nieakceptowalne niedozwolone różnicowanie pracowników (gorsze traktowanie) z uwagi na nieposiadanie przez nich (a posiadanie przez innych - lepiej traktowanych) określonych bliższych relacji osobistych lub służbowych z decydentami pracodawcy lub osobami mającymi wpływ na tych decydentów; relacji niewynikających przy tym w sposób jednoznaczny z osobistych przymiotów pracownika związanych z pracą, a które ostatecznie wpływają na procesy decyzyjne pracodawcy w warunkach pokrzywdzenia, gorszego traktowania (dyskryminowania), w przeciwieństwie do innych osób posiadających te relacje. Tę

definicję trzeba jednak doprecyzować. Otóż tak definiowanego układu nie tworzą osoby połączone jedynie więzami służbowymi. Wprawdzie w przypadku tego kryterium dyskryminacyjnego chodzi o więzi personalne występujące w środowisku pracy, ale mające dodatkowe - poza zawodowym - podłoże (rodzinne, towarzyskie). Nie mają więc takiego charakteru relacje przełożonych i podwładnych mające wyłącznie merytoryczne uzasadnienie, a więc wynikającą ze współpracy wiedzą na temat kwalifikacji, umiejętności zawodowych i sposobu wywiązywania się pracownika z jego obowiązków. To, że przełożony wysoko ocenia danego pracownika i jest zainteresowany jego dalszym zatrudnieniem w zakładzie, nie oznacza jeszcze istnienia układu w podanym wyżej znaczeniu tego pojęcia. W grę wchodzi zatem nieinspirowane kwalifikacjami zawodowymi i sposobem wywiązywania się z obowiązków pracowniczych lecz wyłącznie (lub głównie) relacjami pracowników z powiązaniem rodzinnie lub towarzysko gronem osób podejmujących decyzje kadrowe lub mających istotny wpływ na procesy decyzyjne, preferowanie przez pracodawcę jednych pracowników (mających takie relacje z owym kręgiem decyzyjnym) i gorsze traktowanie innych, tak samo wykonujących pracę, lecz niepozostających we wspomnianych relacjach personalnych. Zjawisko to nie jest odosobnione i należy do szczególnie negatywnych oraz społecznie szkodliwych praktyk. Układ, o jakim mowa, powinien mieć jednak rzeczywisty, realny charakter i odznaczać się pewną trwałością. Chodzi o faktycznie funkcjonujący w środowisku pracy konkretny krąg osób, powiązanych dodatkowymi, pozasłużbowymi węzłami, który podejmuje lub wpływa na podejmowanie przez pracodawcę (osoby dokonujące za pracodawcę czynności z zakresu prawa pracy) decyzje w zakresie nawiązywania, kształtowania treści, realizowania i rozwiązywania stosunków pracy. Nie sposób uznać za takie zjawisko, układu personalnego utworzonego doraźnie, tylko dla obsadzenia jednego i to szeregowego stanowiska.

Należy zgodzić się ze skarżącym, że powódka nie uprawdopodobniła zastosowania przez pozwanego omawianego kryterium dyskryminacyjnego. Stawiając pracodawcy zarzut nepotyzmu, nie potrafiła nawet określić, kto (Dyrektor A.G. czy też inne osoby) miałyby wchodzić do grona osób stanowiących wspomniany „układ”. Trudno też jednoznacznie stwierdzić, czy Sąd drugiej instancji

zalicza do owego układu - poza Dyrektorem Centrum [...] i [...] – K. i G. B. Z poczynionych przez Sąd drugiej instancji ustaleń nie wynika, aby małżonków B. łączyły jakieś szczególne więzy z P. R. i aby wszystkie to osoby pozostawały z Dyrektorem A. G. w innych niż służbowe relacjach i wspólnie decydowały lub wpływały na decyzje kadrowe pracodawcy. Z faktu, że po zakończeniu urlopów związanych z macierzyństwem K.B. skorzystała ze swego ustawowego prawa powrotu na dotychczas zajmowane stanowisko i w konsekwencji tego stanowisko to musiała opuścić zastępująca ją na czas nieobecności P.R., nie można wysnuwać wniosku o istnieniu jakiegoś nieformalnego układu między tymi osobami a Dyrektorem Centrum [...] i [...], próbującej rozwiązać powstały problem kadrowy. Na istnienie tegoż układu nie wskazuje wreszcie okoliczność preferowania przez A. G. kandydatury P.R. na stanowisko doradcy do spraw jakości, jeśli preferencje te miałyby mieć źródło w pozytywnej ocenie dotychczasowej pracy kandydatki. Postępowanie dowodowe nie upoważnia bowiem do postawienia tezy, że P.R. w ogóle nie miała kwalifikacji do zatrudnienia jej jako doradcy do spraw jakości, a poparcie Dyrektora Centrum [...] i [...] dla jej kandydatury wynikało z pozostawiania obu pań w relacjach o pozazawodowym podłożu. Zatrudniając na zwolnione stanowisko konkurentkę powódki, A.G. raczej zrealizowała swoją wcześniejszą zapowiedź odmłodzenia kadry pracowniczej Urzędu. Nastąpił to jednak w warunkach pokrzywdzenia D. K., skoro pozwany odmówił jej dalszego zatrudnienia kierując się nie rzetelną oceną kwalifikacji i doświadczenia zawodowego powódki oraz dotychczasowego sposobu wywiązywania się przez nią z obowiązków pracowniczych, ale właśnie tym niedozwolonym kryterium różnicowania pracowników, jakim jest wiek. Czyni to uzasadnionymi roszczeniami odszkodowawczymi pozwu i przemawia za trafnością zapadłych w sprawie wyroków.

Mając powyższe na uwadze, z mocy art. 398¹⁴ k.p.c. należało orzec o oddaleniu skargi kasacyjnej pozwanego.

kc