



Sygn. akt II PK 238/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący)

SSN Jolanta Frańczak (sprawozdawca)

SSN Beata Gudowska

w sprawie z powództwa J.Ż.

przeciwko J.K.

o wynagrodzenie za pracę za godziny nadliczbowe oraz dodatek za pracę w godzinach nocnych,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 28 listopada 2016 r.,

skargi kasacyjnej powoda od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 28 listopada 2014 r., sygn. akt V Pa .../14,

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Okręgowemu w S. do ponownego rozpoznania i orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy - Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w S. wyrokiem z dnia 15 lipca 2014 r. oddalił powództwo J.Ż. przeciwko J.K. o wynagrodzenie za pracę w godzinach nadliczbowych oraz w porze nocnej (pkt 1), zasądził od Skarbu Państwa

- Sądu Rejonowego w S. na rzecz radcy prawnego Ł. R. kwotę 1.800 zł tytułem kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (pkt 2) oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 100 zł tytułem kosztów procesu, odstępując od obciążenia powoda kosztami procesu i kosztami sadowymi w pozostałym zakresie (pkt 3).

Sąd Rejonowy ustalił, że powód był zatrudniony przez pozwanego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pijalnia Piwa i Wina „Z.” od dnia 1 listopada 2001 r. do dnia 31 grudnia 2007 r. na podstawie kolejnych umów o pracę na czas określony oraz od dnia 1 stycznia 2008 r. na podstawie umowy o pracę czas nieokreślony na stanowisku dozorczy obiektu w wymiarze 1/4 etatu. Umowa o pracę nie zawierała ustalenia dopuszczalnej liczby godzin pracy ponad określony w umowie wymiar czasu pracy, których przekroczenie uprawnia pracownika, oprócz normalnego wynagrodzenia, do dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych. Pozwany poza prowadzeniem pijalni piwa, zarządzał ogrodzonym targowiskiem o nazwie Hala W., gdzie pracował powód jako dozorca. Pijalnia mieściła się na terenie H. i była otwarta do godziny 20.00. Pozwany przy jednej z trzech bram wjazdu na plac targowy postawił stróżówkę wyposażoną w instalację grzewczą i telewizor, pokrywał koszty elektrycznego ogrzewania stróżówki. Do obowiązków dozorców należało zamykanie bram o godzinie 18.00 i otwieranie o godzinie 6.00 następnego dnia, zapalanie i gaszenie latarni oświetlających plac, dozоровanie Hali w porze nocnej, wpuszczanie w porze nocnej dostawców i kupców na teren placu targowego. Powód pracował co trzeci dzień od godziny 18.00 do godziny 7.00, przy czym w soboty od godziny 16.00 do godziny 7.00 w niedzielę. Od stycznia 2009 r. powód kwitował odbiór wynagrodzenia za pracę w kwocie 350 zł brutto miesięcznie. Pracodawca zatrudniał trzech pracowników na stanowisku dozorczy z uwagi na potrzebny im czas odpoczynku. Oświadczeniem z dnia 26 września 2011 r. pozwany rozwiązał z powodem umowę o pracę z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia, który upłynął w dniu 31 grudnia 2011 r. Jako przyczynę podał zmniejszenie zatrudnienia z przyczyn ekonomicznych zakładu pracy. W związku ze skargą powoda Państwowa Inspekcja Pracy stwierdziła naruszenia przez pozwanego przepisów Kodeksu pracy, w tym nieprowadzenie ewidencji czasu pracy. Odnośnie czasu pracy Państwowa Inspekcja Pracy ustaliła, że powód pracował w wymiarze 1/2 etatu. Pismem z dnia

20 lutego 2012 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty zaległego wynagrodzenia związanego ze świadczoną pracą w okresie od dnia 1 listopada 2001 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. w kwocie 30.000 zł. W okresie od dnia 1 kwietnia 2009 r. do dnia 31 marca 2011 r. normalne wynagrodzenie za pracę powoda w godzinach nadliczbowych stanowiło 16.314,36 zł, dodatek za pracę w godzinach nadliczbowych 8.737,40 zł, dodatek za pracę w porze nocnej 3.195,39 zł. W czasie zatrudnienia u pozwanego, powód pracował także przez dwa lata w godzinach od 7.00 do 16.00 jako instruktor nauki jazdy w Ośrodku Szkolenia, zarabiając około 1.500 zł netto.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Rejonowy uznał, że powództwo, w tym w części nieprzedawnionej za okres od dnia 1 kwietnia 2009 r. do dnia 31 marca 2011 r., nie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Sądu Rejonowego, nie miało decydującego znaczenia czy pozwany wydał polecenie, aby dozorczy przebywali na placu targowym nieprzerwanie od godziny 18.00 (16.00) do 7.00. Pracodawca powinien wiedzieć, że praca w godzinach nadliczbowych była wykonywana, ponieważ nie miała ona charakteru sporadycznego. Z okoliczności sprawy wynikało, że pozwany wymagał od dozorców, przebywania na placu targowym w nocy i w tym celu zapewnił im stosowne pomieszczenie. W przeciwnym przypadku nie ponosiłby kosztów związanych z utrzymaniem stróżówki. Sąd Rejonowy uznał za nieprawdziwe twierdzenia pozwanego, jakoby praca dozorców polegała na otwieraniu rano bram i gaszeniu światła, a wieczorem na zapaleniu światła i zamknięciu bram, co miało zajmować dozorców około pół godziny do godziny. Z zeznań świadków wynikało, że dozorczy pracowali dłużej niż po dwie godziny na dobę. Otwierali bramy dostawcom przyjeżdżającym na targowisko nawet o godzinie 5 rano, o różnych godzinach nocnych na terenie targowiska był dozorca. Taki stan rzeczy potwierdzały zeznania świadków, między innymi A. B. i A. Ż., którzy zastępowali powoda w pracy, gdy przebywał on w sanatorium lub z innych przyczyn nie mógł się stawić w pracy przez dłuższy okres. Zatem powód pracował co trzeci dzień od godziny 18.00 do 6.00, a w soboty od 16.00 do 7.00, czyli większą liczbę godzin w okresie rozliczeniowym niż wynikająca z umowy o pracę.

Mimo takich ustaleń Sąd Rejonowy uznał, że żądanie wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych i w porze nocnej nie może zostać uwzględnione. Z ustalonego stanu faktycznego wynikało bowiem, że powód otrzymywał od pozwanego również inne płatności. Potwierdzeniem tego stanu rzeczy była wykonywana, równoległe z zatrudnieniem u pozwanego, praca w Ośrodku Szkolenia na stanowisku instruktora nauki jazdy za wynagrodzeniem około 1.500 zł netto. Powód zrezygnował z tej pracy, ponieważ była ciężka i odpowiedzialna, a za godziny nadliczbowe pracodawca udzielał mu wyłącznie dni wolnych od pracy. Ponadto po rozliczeniu emerytury okazało się, że zarabiał w Ośrodku Szkolenia około 500 zł miesięcznie. W ocenie Sądu Rejonowego, uprawniona była zatem konstatacja, że powód mając do wyboru pracę instruktora nauki jazdy, która była ciężka i mało płatna, wybrał lżejszą i lepiej płatną pracę u pozwanego. Zwłaszcza, że nie był on w stanie logicznie odpowiedzieć na pytanie dlaczego przez dziesięć lat pracował za wynagrodzeniem w wysokości 1/4 minimalnego wynagrodzenia za pracę. To, że powód zrezygnował z pracy w Ośrodku Szkolenia M. i pozostał w stosunku pracy z pozwanym za wynagrodzeniem w kwocie 350 zł miesięcznie prowadziło do wniosku, że otrzymywał on wyższe wynagrodzenie niż to wynikające z umowy o pracę, co miało na celu uniknięcie przez pozwanego zobowiązań wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i zobowiązań podatkowych oraz umożliwiała powodowi nieprzekroczenie progu dochodu powodującego zawieszanie lub zmniejszanie prawa do emerytury. Zdaniem Sądu Rejonowego, treść materiału dowodowego dostarczonego przez strony nie dawała jednak wystarczających podstaw do ustalenia, jakie wynagrodzenie w rzeczywistości powód otrzymał i ile wynosiłaby ewentualna niedopłata.

Apelację od tego wyroku wywiódł powód, zaskarżając wyrok co do punktu 1, 2 i 3 i wnosząc o jego zmianę w zaskarżonej części przez zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty 28.247,15 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od Skarbu Państwa - Sądu Rejonowego w S. na rzecz pełnomocnika z urzędu radcy prawnego Ł. R. kwoty 2.214 zł tytułem kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji. W apelacji zarzucono naruszenie prawa materialnego i

procesowego - art. 6 k.c. przez uznanie, iż pozwany udowodnił, że zapłacił powodowi wynagrodzenie wyższe niż wynikające z umowy o pracę, w sytuacji gdy pozwany nigdy nie podnosił takich twierdzeń i zarzutów; art. 232 k.p.c. i art. 233 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego oraz przekroczenie swobodnej oceny dowodów.

Sąd Okręgowy - Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w S. wyrokiem z dnia 28 listopada 2014 r. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że zasądzoną kwotę tytułem wynagrodzenia za pomoc prawną udzieloną z urzędu podwyższył o stawkę podatku VAT, tj. o kwotę 414 zł (pkt I), oddalił apelację w pozostałym zakresie (pkt II), zasądził od Skarbu Państwa - Sądu Rejonowego w S. na rzecz radcy prawnego Ł. R. kwotę 1.107 zł tytułem wynagrodzenia za pomoc prawną udzieloną z urzędu w postępowaniu apelacyjnym (pkt III) oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 450 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego (pkt IV).

Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności podniósł, że Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił stan faktyczny sprawy, opierając ustalenia na należycie zgromadzonym materiale dowodowym, którego ocena nie wykraczała poza granice wskazane w art. 233 § 1 k.p.c. Jednakże na ich podstawie wywiódł nietrafne wnioski. W sprawie podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia o zasadności roszczenia miało bowiem ustalenie rodzaju łączącej strony umowy, gdyż przedmiot sporu wynikać może tylko z umowy o pracę. Z tego względu Sąd Okręgowy przeprowadził dodatkowy dowód z przesłuchania stron na okoliczność ustalenia treści stosunku pracy łączącego strony oraz sposobu jego wykonywania. Z przeprowadzonego przez Sąd pierwszej instancji postępowania dowodowego wynikało, że w okresie pobytu w sanatorium lub w związku z inną nieobecnością powoda w pracy zastępowali: A. B., A. Ż., K. W. Przez cały okres zatrudnienia powód nie korzystał z urlopu wypoczynkowego, dni wolne załatwiał sobie we własnym zakresie, organizując zastępstwo na czas nieobecności. Powód nie informował pozwanego o swojej nieobecności i nie uzgadniał z nim zastępstw. Osoby, które zastępowały powoda za wykonaną pracę nie otrzymywały wynagrodzenia od pozwanego.

W ocenie Sądu Okręgowego takie działanie jest niedopuszczalne w ramach pracowniczego zatrudnienia, które w świetle art. 22 § 1 k.p. wymaga osobistego wykonywania rodzajowo określonej pracy na rzecz pracodawcy i we wskazanym przez niego miejscu. Wykonywanie usług przez osobę trzecią (zastępcę) możliwe jest w umowach typu zlecenie, gdyż zgodnie z art. 738 § 1 k.c. przyjmujący zlecenie może powierzyć wykonanie zlecenia osobie trzeciej i to tylko wtedy, gdy to wynika z umowy lub ze zwyczaju albo gdy jest do tego zmuszony przez okoliczności. W tym kontekście Sąd Okręgowy uznał, że umowa łącząca strony była umową o świadczenie usług, a nie umową o pracę, która nie dopuszcza wyjątków od zasady osobistego wykonywania pracy. Instytucja wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych i za pracę w godzinach nocnych znana jest tylko prawu pracy, natomiast wykonujący zlecenie ma wykonać zlecone mu czynności niezależnie od rozmiaru poświęconego na to czasu. Wobec powyższego roszczenie powoda o wynagrodzenie za pracę w godzinach nadliczbowych i w godzinach nocnych było bezzasadne bowiem nie wynikało z umownego stosunku pracy. Ponadto według Sądu Okręgowego logiczny jest wywód Sądu pierwszej instancji, że nie jest możliwe, aby powód przez okres ponad dziesięciu lat pracował po 136 godzin w miesiącu za 350 zł. Oznacza to, że był on zainteresowany zarabkowaniem „na czarno”, gdyż tylko takie dochody nie wpływały na wysokość otrzymywanej przez niego emerytury.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając go w całości. Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania.

Skarga kasacyjna została oparta na podstawie:

1) naruszenia prawa materialnego, to jest: a) art. 22 § 1 k.p. przez błędną wykładnię i bezpodstawne ustalenie, że umowa łącząca strony miała charakter umowy cywilnoprawnej (zlecenia), a nie umowy o pracę, co skutkowało błędną konstatacją, iż roszczenie skarżącego, jako związane ze stosunkiem pracy mu nie przysługuje; b) art. 734 § 1 k.c. i art. 738 § 1 k.c. przez błędną wykładnię i uznanie, że zapewnienie przez skarżącego zastępstwa w czasie jego nieobecności w pracy prowadzi do wniosku, iż umowa łącząca strony miała charakter umowy zlecenia, a

nie umowy o pracę, co skutkowało błędną konstatacją, że roszczenie jako związane ze stosunkiem pracy mu nie przysługuje; c) art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 300 k.p. przez ich niewłaściwe zastosowanie, a w szczególności przez całkowite pominięcie zgodnego zamiaru stron, uzewnętrznionego zarówno w trakcie obowiązywania umowy, jak i podczas postępowania, a tym samym uznanie, że strony łączyła umowa zlecenia; d) art. 58 k.c. w związku z art. 300 k.p. przez niewskazanie czy przepis ten znalazł zastosowanie w sprawie w związku z ustaleniem odmiennego charakteru łączącej strony umowy, a w razie uznania przez Sąd Najwyższy, że przepis ten był podstawą rozstrzygnięcia, przez jego niewłaściwe zastosowanie i niewskazanie, jakich dokładnie określonych przepisów prawa podatkowego i prawa ubezpieczeń społecznych dotyczyło obejście prawa i na czym to rzekome obejście prawa miało polegać; e) art. 83 k.c. w związku z art. 300 k.p. przez niewskazanie czy przepis ten znalazł zastosowanie w sprawie, a w razie uznania przez Sąd Najwyższy, że przepis ten był podstawą rozstrzygnięcia, przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że strony zawarły umowę o pracę dla pozorów, w sytuacji gdy nie było żadnych przesłanek ani powodów, dla których taką pozorną umowę strony musiały lub chciały zawrzeć;

2) naruszenia przepisów postępowania, a w szczególności: a) art. 328 § 2 k.p.c. przez niewskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia oraz niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku, w szczególności podstawy faktycznej i prawnej, na mocy których Sąd Okręgowy uznał, że nie doszło do ważnego zawarcia umowy o pracę, a tym samym dowolność wydanego orzeczenia; b) art. 233 k.p.c. oraz art. 382 k.p.c. przez dowolne, wadliwe ustalenie i błędną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego; c) art. 316 § 1 k.p.c. w związku z art. 382 k.p.c. przez oparcie rozstrzygnięcia na okolicznościach niezgłoszonych przez strony postępowania oraz które nie były przedmiotem postępowania dowodowego, w szczególności w zakresie charakteru prawnego umowy łączącej strony, pracy skarżącego „na czarno” oraz istnienia nieformalnych rozliczeń z pozwanym; d) art. 386 § 4 k.p.c. w związku z art. 201 § 1 i 2 k.p.c. i art. 202 k.p.c. przez ich niezastosowanie, gdyż ustalenie pozorności umowy stron oraz że roszczenie skarżącego nie wynika z umowy o pracę, lecz z umowy zlecenia, prowadzi do wniosku, iż Sąd pierwszej instancji nie rozpoznał istoty sprawy (nie ustalił

charakteru prawnego umowy i właściwego trybu rozpoznania sprawy), a zatem winno zapaść orzeczenie kasatoryjne, a ponowne rozpoznanie żądania pozwu powinno nastąpić w trybie właściwym dla roszczeń wynikających z umów cywilnoprawnych; e) art. 378 § 1 k.p.c. w związku z art. 382 k.p.c. przez nieuzasadnione przekroczenie granic zarzutów apelacyjnych, w szczególności przez bezpodstawne konstatacje w przedmiocie charakteru prawnego umowy łączącej strony w zakresie żądania pozwu, stwierdzenie, że skarżący zainteresowany był zarobkowaniem „na czarno”, mimo że okoliczność ta nie była przedmiotem zarzutów apelacyjnych ani przedmiotem postępowania dowodowego i nie zostały w żadnym zakresie zgłoszone czy wykazane przez strony postępowania; f) art. 468 § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 232 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c. przez niepodjęcie inicjatywy dowodowej z urzędu w związku z podjęciem ustaleń wykraczających poza granice żądania pozwu, apelacji oraz zarzutów i twierdzeń stron, w szczególności w zakresie ustalenia istotnych cech stosunku prawnego łączącego strony.

W uzasadnieniu podstaw skargi wskazano, że Sąd Okręgowy formułując kategoryczne wnioski, iż umowa łącząca skarżącego z pozwanym miała charakter umowy zlecenia, a nie umowy o pracę nie wskazał dowodów, na których oparł to twierdzenie. Postępowanie dowodowe nie daje jednoznacznej odpowiedzi czy korzystanie przez skarżącego z zastępstw miało charakter periodyczny czy też incydentalny w skali dziesięcioletniego zatrudnienia. Sąd ten nie dokonał analizy akt osobowych, z których wynika, że skarżący korzystał z przywilejów pracowniczych, w tym między innymi z urlopu wypoczynkowego. Tym samym Sąd Okręgowy naruszył art. 328 § 2 k.p.c. przez niewskazanie podstawy faktycznej oraz podstawy prawnej wyroku, co miało wpływ na wynik sprawy. Uzasadnienie nie ma kompleksowego wyjaśnienia podstawy prawnej postawionej tezy, że zawarta pomiędzy pozwanym a skarżącym umowa nie posiada cech stosunku pracy. Skarżący zarzucił, że ustalenie przez Sąd Okręgowy, iż jego roszczenie nie wynika z umowy o pracę, lecz z umowy zlecenia prowadzi do wniosku, że Sąd pierwszej instancji nie rozpoznał istoty sprawy bowiem nie ustalił charakteru prawnego umowy. To powoduje, że powinno zapaść orzeczenie kasatoryjne. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2006 r., I PK 146/05 (OSNP 2007 nr 5-6, poz. 67), uznał,

że sąd pracy nie może oddalić powództwa o wynagrodzenie za pracę faktycznie wykonaną tylko z tej przyczyny, iż zawarta przez strony umowa nie była umową o pracę, lecz umową prawa cywilnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Ocenę zasadności skargi kasacyjnej należy zacząć od zarzutów zgłoszonych w ramach drugiej podstawy kasacyjnej (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.), bowiem badanie, czy w konkretnej sprawie prawo materialne zostało właściwie zastosowane jest możliwe po wykluczeniu takich uchybień procesowych, które by mogły istotnie wpłynąć na ustaloną podstawę faktyczną rozstrzygnięcia.

Nie ma usprawiedliwionej podstawy zarzut naruszenia art. 316 § 1 k.p.c. w związku z art. 382 k.p.c. oraz art. 233 k.p.c. Zgodnie z art. 316 § 1 k.p.c., który ma zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym przez odesłanie z art. 382 k.p.c., po zamknięciu rozprawy sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy; w szczególności zasądzeniu roszczenia nie stoi na przeszkodzie okoliczność, że stało się ono wymagalne w toku sprawy. Pojęcie „stan rzeczy” oznacza okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, to jest obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia. O naruszeniu art. 316 § 1 k.p.c. można mówić wówczas, gdy wydając orzeczenie sąd nie uwzględnił między innymi zmiany stanu faktycznego zaistniałego w toku postępowania odwoławczego. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że jego zakresem nie jest objęte pominięcie przez sąd drugiej instancji przy ocenie żądania części materiału dowodowego (por. wyroki z dnia 5 września 2001 r., I CKN 179/99, OSNC 2002 nr 4, poz. 54; z dnia 13 grudnia 2006 r., II CSK 300/06, LEX nr 388845; z dnia 5 listopada 2009 r., II UK 102/09, LEX nr 574539; z dnia 28 kwietnia 2010 r., I UK 339/09, LEX nr 607444). Natomiast w art. 233 k.p.c. zostały uregulowane zasady oceny dowodów, co powoduje, że nie może on stanowić uzasadnionej podstawy skargi kasacyjnej (art. 398³ § 3 k.p.c.). Dodatkowo należy zauważyć, że skarżący nie sprecyzował którego z paragrafów art. 233 k.p.c. dotyczy jego zarzut.

Nie jest również uzasadniony zarzut nierozpoznania istoty sprawy przez Sąd pierwszej instancji (art. 386 § 4 k.p.c. w związku z art. 201 § 1 i 2 k.p.c. i art. 202 k.p.c.). W orzecnictwie jest ugruntowany pogląd, że do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy sąd zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie. A zatem sąd nie orzeka o istocie sprawy, gdy niezasadnie uwzględni zarzut braku legitymacji czynnej lub biernej, zarzut przedwczesności powództwa, przedawnienia lub prekluzji dochodzonego roszczenia albo nie rozpatrzy zarzutu pozwanego zmierzającego do oddalenia powództwa. Nierozpoznanie istoty sprawy obejmuje również sytuację, gdy sąd orzekł o roszczeniu w stosunku do strony, której nie przysługiwała w tej konkretnej sprawie legitymacja materialna i procesowa (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2016 r., I PK 207/15, LEX nr 2120886 i powołane tam orzeczenia). W rozpoznawanej sprawie żadna z powyższych przesłanek nie miała miejsca. Sąd pierwszej instancji odniósł się do ustalonych faktów, dokonując ich oceny prawnej w odniesieniu do żądania zgłoszonego przez skarżącego w sytuacji, gdy strony nie kwestionowały charakteru prawnego łączących ich umów. Skarżący w pozwie stosownie do treści art. 187 § 1 k.p.c. określił swoje żądanie jako wynagrodzenie za pracę w godzinach nadliczbowych i w porze nocnej oraz przytoczył okoliczności faktyczne uzasadniające dochodzone żądanie, wskazując na łączący strony umowny stosunek pracy i wykonywanie przez niego pracy ponad obowiązujący go umową wymiar czasu pracy. Pozwany nie kwestionował charakteru prawnego umowy, ograniczając się do podniesienia zarzutu przedawnienia. O oddaleniu powództwa przez Sąd pierwszej instancji zdecydowało to, że skarżący otrzymał od pozwanego większe wynagrodzenie niż wynikające z umowy o pracę, a zdaniem Sądu pierwszej instancji zebrany materiał sprawy nie dawał wystarczających podstaw do ustalenia ile mogłaby wynosić ewentualna niedopłata do tego wynagrodzenia. Odmienna ocena prawna, nawet jeśli łączy się z potrzebą poczynienia uzupełniających ustaleń w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, nie upoważnia do przypisania Sądowi pierwszej instancji nierozpoznania istoty sprawy. W takim zaś wypadku Sąd drugiej

instancji orzekając na podstawie art. 382 k.p.c. zobowiązany jest naprawić dostrzeżone wadliwości i należycie zastosować prawo materialne. Taki stan rzeczy jest konsekwencją systemu apelacji pełnej, w której druga instancja ma charakter merytoryczny, czyli służy rozpoznaniu sprawy, a nie tylko środka odwoławczego. Nieuprawniona jest zatem teza jakoby o nierozpoznaniu istoty sprawy, miała świadczyć potrzeba poczynienia nowych ustaleń, co do okoliczności faktycznych sprawy, choćby decydujących z punktu widzenia kierunku jej rozstrzygnięcia (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2016 r., I CZ 113/16, LEX nr 2094781). Wskazać również należy, że nierozpoznanie istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji stwarza sądowi apelacyjnemu możliwość, a nie obowiązek uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania (art. 386 § 4 k.p.c.; por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 listopada 2007 r., I PK 140/07, OSNP 2009 nr 1-2, poz. 2). Natomiast kwestia czy istota sporu została rozpoznana prawidłowo nie wynika już z treści art. 386 § 4 k.p.c.

Zasadnie natomiast zarzuca skarżący, że uzasadnienie wyroku nie spełnia właściwości z art. 328 § 2 k.p.c. Uzasadnienie to jest wewnętrznie sprzeczne, ponieważ z jednej strony Sąd Okręgowy twierdzi, że Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił stan faktyczny sprawy, ustalenia oparł na należycie zgromadzonym materiale dowodowym, którego ocena nie wykracza poza granice wskazane w art. 233 § 1 k.p.c., a z drugiej strony na podstawie tego samego materiału sprawy, uzupełnionego o dowód z subsydiarnego przesłuchania stron, przyjmuje, że strony nie łączyła umowa o pracę, ale umowa o świadczeniu usług, do której stosuje się przepisy dotyczące umowy zlecenia (art. 750 k.c. w związku z art. 734 k.c.). Na sądzie odwoławczym spoczywa, podobnie jak na sądzie pierwszej instancji, obowiązek wskazania w uzasadnieniu wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w więc ustalenia faktów, które uznał za udowodnione, dowodów na których się oparł, i przyczyn dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Podkreślenia wymaga, że Sąd pierwszej instancji nie prowadził postępowania dowodowego mającego na celu ocenę prawną charakteru łączącej strony umowy, a jedynie zmierzające do rozstrzygnięcia, czy skarżący otrzymał dodatkowe wynagrodzenie za pracę ponad obowiązujący go w umowie o pracę wymiar czasu pracy oraz w porze nocnej. Poza sporem pozostawało zatrudnienie

skarżącego początkowo na podstawie kolejnych umów o pracę na czas określony na przestrzeni lat 2001 – 2007, a następnie na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony. Oznacza to, że Sąd Okręgowy powinien dokonać własnych, stanowczych ustaleń faktycznych, które wskazywałyby na zastosowaną zaskarżonym orzeczeniem podstawę prawną i w uzasadnieniu wyroku wskazać ustalenia, które zadecydowały o przyjęciu, że strony łączyła w spornym okresie umowa o świadczenie usług a nie umowa o pracę. W tej kwestii decydującym dla Sądu Okręgowego było uznanie, że charakterystyczną cechą umowy o pracę jest osobiste świadczenie pracy przez osobę fizyczną. Skoro przedmiotem zobowiązania ze stosunku pracy, zgodnie z art. 22 § 1 k.p., jest osobiste wykonywanie rodzajowo określonej pracy na rzecz pracodawcy, to posługiwanie się zastępcą przy umowie o pracę, która nie dopuszcza wyjątków od osobistego świadczenia pracy jest niedopuszczalne. Taka możliwość istnieje w ramach wykonywania usług w umowach zlecenia. W myśl art. 738 § 1 k.c. przyjmujący zlecenie może powierzyć wykonanie zlecenia osobie trzeciej i tylko wtedy, gdy wynika to z umowy lub ze zwyczaju albo gdy jest do tego zmuszony przez okoliczności. Rację ma skarżący zarzucając, że ustalenia faktyczne nie odnoszą się do kwestii kiedy w latach 2001 – 2011 posługiwał się on zastępcami oraz czy taką wiedzę posiadał pracodawca, który w toku postępowania sądowego nie kwestionował umownego stosunku pracy. Skarżący zawarł z pozwanym na przestrzeni lat 2001 – 2007 siedem umów o pracę na czas określony a od dnia 1 stycznia 2008 r. umowę o pracę na czas nieokreślony, która dotyczy okresu nieprzedawnionego. Ustalenia Sądu Okręgowego nie dają jednak podstaw do przyjęcia, że przez cały okres zatrudnienia umowa dawała skarżącemu możliwość posługiwania się zastępcą i na takie rozwiązanie wyrażał zgodę pozwany. Zwrócić należy również uwagę, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 lipca 2008 r., I PK 315/07 (OSNP 2009 nr 23-24, poz. 310), uznał, że incydentalne korzystanie z zastępcy nie przesądza o niezachowaniu zasady osobistego świadczenia pracy, a zwłaszcza, gdy zmiana taka nie jest akceptowana przez pracodawcę. Jeżeli sąd drugiej instancji przyjmuje, że rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji odpowiada prawu, ale na podstawie innych okoliczności faktycznych, które nie były brane pod uwagę przez sąd pierwszej instancji, a także w oparciu o odmienną ocenę prawną

przedstawionego przez ten sąd materiału dowodowego, wówczas powinien dokonać własnych stanowczych ustaleń faktycznych, które uzasadniały przyjęty w zaskarżonym orzeczeniu kierunek rozstrzygnięcia (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2016 r., I CSK 623/15, LEX nr 2151460 i powołane tam orzeczenia). Nie jest możliwe prawidłowe zastosowanie prawa materialnego bez zgodnego z prawem procesowym ustalenia podstawy faktycznej (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2001 r., III CKN 400/00, LEX nr 52360; z dnia 11 kwietnia 2006 r., I PK 164/05, Monitor Prawa Pracy 2006 nr 10, s. 541; z dnia 9 maja 2008 r., II PK 316/07, OSNP 2009 nr 19-20, poz. 250; z dnia 4 listopada 2008 r., II PK 100/08, OSNP 2010 nr 9-10, poz. 108; z dnia 10 marca 2011 r., II PK 241/10, LEX nr 817524 czy z dnia 27 kwietnia 2016 r., I CSK 556/15, LEX nr 2041115). W tym kontekście należy nadmienić, że mimo iż strony nie ustaliły w umowie o pracę dopuszczalnej liczby godzin pracy ponad określony w umowie o pracę wymiar czasu pracy, których przekroczenie uprawnia pracownika zatrudnionego w niepełnym wymiarze czasu pracy do dodatku do wynagrodzenia, o którym mowa w art. 151¹ § 1 k.p., to nie pozbawia to pracownika normalnego wynagrodzenia za przepracowane godziny ponad obowiązujący go w umowie wymiar czasu pracy (por. cytowany powyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2008 r., I PK 315/07 z glosą A. Ornowskiej, PS 2010 nr 11-12, s. 194-200 oraz glosą O. Likierskiej GSP-Prz.Orz. 2011 nr 1, s. 165-174; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2012 r., III PK 77/11, LEX nr 1214595 czy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2014 r., I PK 249/13, OSNP 2015 nr 9, poz. 121). Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu skargi, normalne wynagrodzenie za pracę ponad ustalony w umowie wymiar przysługuje bez względu na rodzaj umowy łączącej strony, czego nie dostrzegł Sąd Okręgowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2006 r., I PK 146/05, OSNP 2007 nr 5-6, poz. 67).

Jednocześnie Sąd Okręgowy wydając wyrok na innej podstawie prawnej niż wskazywana przez skarżącego, nie uprzedził o tym stron, aby umożliwić im podjęcie stosownej inicjatywy dowodowej, a postępowanie dowodowe ograniczył do lakonicznego, subsydiarnego dowodu z przesłuchania stron, czym naruszył art. 232 k.p.c., zgodnie z którym strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Sąd może dopuścić dowód

nie wskazany przez stronę. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 września 2016 r., I CSK 644/15 (LEX nr 2147274), stwierdził, że „sąd może rozstrzygnąć na innej podstawie prawnej niż oznaczona przez poszukującego ochrony powoda, ze wszystkimi konsekwencjami tego wyboru, o ile dopełni procesowego obowiązku poinformowania o tym stron, umożliwiając im tym samym wypowiedzenie się. Taka reguła działania wynika z procesowego obowiązku respektowania prawa strony do bycia wysłuchanym co do wszystkich kwestii spornych, nie tylko natury faktycznej, ale również prawnej. Wysłuchanie zapewnia przy tym przewidywalność przebiegu procesu, pozwala stronom ocenić trafność podjętych decyzji i rozważyć potrzebę podjęcia ewentualnych dalszych czynności procesowych, czyli określić konsekwencje własnych zachowań na gruncie obowiązującego stanu prawnego. Obowiązek sądu podejmowania czynności, które jego działania procesowe czynią przewidywalnymi wynika z art. 2 Konstytucji. Nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że sąd nie może ujawnić swojej koncepcji prawnej, jeżeli jest ona odmienna od przedstawionej przez powoda i może powodować niekorzystne skutki dla obu stron. Żadna ze stron nie powinna być zaskakiwana wynikiem procesu”.

Uznanie wskazanych powyżej zarzutów naruszenia prawa procesowego powoduje, że nie jest możliwe dokonanie oceny zarzutów podniesionych w ramach pierwszej podstawy skargi. Skuteczne zgłoszenie zarzutu kasacyjnego dotyczącego naruszenia prawa materialnego wchodzi tym samym w rachubę wówczas, gdy ustalony w postępowaniu odwoławczym stan faktyczny będący podstawą zaskarżonego wyroku, nie budzi zastrzeżeń.

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c.