



Sygn. akt II PK 31/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 maja 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący)

SSN Beata Gudowska

SSN Piotr Prusinowski (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa G. T.
przeciwko Konsulatowi (...) w W.
o odszkodowanie,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy i Ubezpieczeń
Społecznych w dniu 7 maja 2019 r.,
skargi kasacyjnej powoda od wyroku Sądu Okręgowego w O.
z dnia 22 września 2016 r., sygn. akt V Pa (...),

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

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2015 r., Sąd Rejonowy w O. zasądził od
pозwanego Konsulatu (...) w W. na rzecz powoda G. T. 33.000 zł tytułem
odszkodowania, w pozostałym zakresie powództwo oddalił.

Sąd ten ustalił, że strony łączyła umowa o pracę od dnia 2 listopada 2004 r. Powód wykonywał obowiązki pracownika ochrony w [...] filii Konsulatu (...) w W. Zatrudniony był w wymiarze 0,5 etatu, co stanowiło 20 godzin tygodniowo. Zgodnie z umową o pracę przysługiwało mu wynagrodzenie według grupy E tabeli wynagrodzeń. Wynagrodzenie obejmowało wszystkie dodatki socjalne i rodzinne według polskiego prawa. W oparciu o polskie prawo pracownik miał otrzymywać raz w roku dodatek specjalny w wysokości jednej miesięcznej pensji bazującej na wynagrodzeniu listopadowym. Premia płacona była jako specjalna wypłata w pierwszym tygodniu grudnia. Z wynagrodzeniem styczniowym pracodawca wypłacać miał pracownikowi dodatek urlopowy za ubiegły rok kalendarzowy.

W dniu 25 października 2010 r. strony zawarły kolejną umowę o pracę, na podstawie której G. T. był zatrudniony od dnia 1 listopada 2010 r. jako pracownik ochrony na czas nieokreślony (na tych samych warunkach). W umowie wskazano, że praca powoda będzie wynagradzana według grupy E, zaszeregowania stażowego nr 4, tabeli wynagrodzeń Ambasady obowiązującej od dnia 1 stycznia 2007 r. (stara tabela), w kwocie 2.623,50 zł. Wynagrodzenie miało obejmować wszystkie dodatki socjalne i rodzinne według polskiego prawa. W zależności od będących do dyspozycji środków budżetowych pracownik miał otrzymywać raz w roku dodatek specjalny jako dobrowolną wypłatę ze strony pracodawcy. Premia płacona była jako specjalna wypłata w pierwszym tygodniu grudnia. Z wynagrodzeniem styczniowym pracodawca wypłacać miał pracownikowi dodatek urlopowy za ubiegły rok kalendarzowy.

Sąd Rejonowy ustalił, że pozwany uzależniał wysokość wynagrodzenia pracowników ochrony w zależności od tego, czy dany pracownik miał obywatelstwo niemieckie. Zatrudnieni przed 2000 r. pracownicy posiadający obywatelstwo niemieckie byli wynagradzani według zasad układu zbiorowego z 1973 r., zaś pracownicy posiadający obywatelstwo polskie - według przepisów prawa pracy obowiązujących w Polsce. Osobom mającym wyłącznie obywatelstwo polskie wysokość wynagrodzenia ustalano w złotych, zaś zatrudnionym przed 2000 r. i mającym obywatelstwo niemieckie lub podwójne - w markach, a następnie w euro. Różnice pomiędzy tymi wynagrodzeniami po przeliczeniu były duże. Pracownicy ci mieli nadto niższy niż 40 godzin tygodniowy wymiar czasu pracy – to jest 38,5

godziny, a nadto przysługiwało im co rok 30 dni urlopu. Takie różnice utrzymywały się przez cały okres zatrudnienia powoda.

Odmienne zasady dotyczyły przede wszystkim pracowników, którzy byli zatrudnieni przed 1 kwietnia 2000 r. W okresie od 2008 r. do 2011 r. takie zasady spośród pracowników ochrony lub biura paszportowego, która to praca była wynagradzana podobnie, dotyczyły dwóch pracowników - A. F. i P. G.

Z dniem 1 kwietnia 2000 r. zaczął obowiązywać nowy układ zbiorowy, na skutek którego wśród nowozatrudnianych pracowników konsulatów wprowadzono jednolite zasady wynagradzania dla pracowników z obywatelstwem niemieckim i bez tego obywatelstwa. Różnice w wynagradzaniu w porównaniu z pracownikami z niemieckim obywatelstwem zatrudnionymi przed 1 kwietnia 2000 r. nie zostały jednak zniwelowane.

Po 2000 r. na stanowisku pracownika ochrony nie została zatrudniona żadna osoba, która posiadałaby obywatelstwo niemieckie. Sąd Rejonowy dokonał szczegółowej analizy wynagrodzeń pracowników ochrony. Zestawił wynagrodzenie powoda i innych pracowników mających obywatelstwo niemieckie i podwójne. Zabieg ten wykazał, że czynnik obywatelstwa rzutował wyraźnie na wysokości otrzymywanego wynagrodzenia.

Sąd pierwszej instancji zbadał też poziom wynagrodzeń pracowników zatrudnionych w Referacie Paszportowym i dziale ochrony Konsulatu (...) w [...]. - mających podwójne obywatelstwo (m.in. K. P. i S. C.) zatrudnionych po 2000 r. oraz posiadających tylko polskie obywatelstwo (m.in. A. M., K. Z., M. Ś.) – zatrudnionych od 2004 r. Okazało się, że wynagrodzenia były zbliżone do poborów powoda. Strony rozwiązały umowę o pracę za porozumieniem stron w dniu 15 czerwca 2011 r.

Przechodząc do oceny prawnej roszczenia, Sąd Rejonowy odwołał się do art. 18^{3a} § 1-2 i 4-5 k.p., art. 18^{3d} k.p. W obliczu tych przepisów zauważył, że podejmowane przez pracodawcę działania polegające na odmiennym kształtowaniu zasad wynagradzania w odniesieniu do pracowników posiadających obywatelstwo wyłącznie polskie oraz pracowników posiadających (także) obywatelstwo niemieckie - miało charakter dyskryminujący, co winno skutkować sankcją w postaci zasądzenia odszkodowania. Konkludował, że czynnikiem dyskryminującym

w zakresie wynagrodzenia za pracę jest obywatelstwo. Porównanie przedstawionych w toku postępowania zestawień wynagrodzeń zatrudnianych pracowników wskazuje, że nie ma dyskryminacji w odniesieniu do wynagrodzeń pracowników zaszeregowanych podobnie jak powód, czyli w dziale ochrony i dziale paszportowym, ale tylko tych zatrudnianych po 2000 r. Istniała jednak w odniesieniu do podobnie zaszeregowanych pracowników zatrudnionych przed 2000 r. Pracodawca zawierając z pracownikami umowy o pracę przed 2000 r. różnicował sytuację swoich pracowników w zależności od posiadanego przez nich obywatelstwa - niemieckiego bądź polskiego. Sytuacja pracowników posiadających obywatelstwo niemieckie była ukształtowana korzystniej w kwestii ustalania zasad wynagradzania - wysokości zarobków, waluty w jakiej było wypłacane wynagrodzenie, wymiaru czasu pracy, wymiaru urlopu. Powyższe wynikało z tego, że w odniesieniu do pracowników z obywatelstwem niemieckim pracodawca stosował zasady wynagradzania ustalone w układzie zbiorowym pracy z 1973 r., który obowiązywał przed 1 kwietnia 2000 r., kiedy to został wypowiedziany. Wynagrodzenie pracowników posiadających wyłącznie obywatelstwo polskie było natomiast ustalane mniej korzystnie, w oparciu o regulacje obowiązującego w Polsce prawa pracy. Kwestię różnic w wynagrodzeniu Sąd rozpatrywał jedynie w okresie nieobjętym zarzutem przedawnienia.

W ocenie Sądu za miarodajne należało uznać porównanie wynagrodzenia uzyskiwanego przez powoda, który posiada obywatelstwo polskie, z wynagrodzeniem A. F. i P. G., którzy byli u pozwanego zatrudnieni w czasie, gdy wynagrodzenie pracowników niemieckich było ustalane w oparciu o zasady z układu zbiorowego z 1973 r. Opierając się na zeznaniach świadków i dokumentach Sąd Rejonowy doszedł do przekonania, że staż pracy w niewielkim stopniu rzutował na ustalenie wysokości zarobków u pozwanego. W oparciu o zeznania kierownika Konsulatu w W. R. S. Sąd Rejonowy przyjął, że brak zmian w wynagrodzeniu pracowników niemieckich na zasadach ustalonych przed 1 kwietnia 2000 r. podyktowany był koniecznością chronienia poprzednio zawartych umów o pracę (mimo, że zmianie uległ układ zbiorowy pracy z 1973 r.). W odpowiedzi na ten argument, Sąd pierwszej instancji wskazał na możliwość zmiany warunków umowy o pracę na podstawie art. 42 § 1 k.p., podkreślił też, że pozwany nadal

podwyższał wynagrodzenie pracownikom uprzywilejowanym. Skoro pracodawca nie zrobił nic aby wyrównać wynagrodzenia, to nie może uniknąć odpowiedzialności za dyskryminowanie z uwagi na obywatelstwo. Przy ocenie tej nie ma znaczenia, że płace pracowników działu paszportowego K. P. i S. C. (R.), zatrudnionych po 2000 r. nie różniły się znacząco od wynagrodzenia powoda. Działania te należy docenić, ale nie można ich uznać za wystarczające. W ocenie Sądu dyskryminacja płacowa ze względu na obywatelstwo, która zaistniała w innych realiach wiele lat temu (choć już wtedy niezgodnie ze standardami prawa międzynarodowego), nie może być tłumaczona zasadą praw nabytych. Utrzymywanie stanu dyskryminacji - nawet co do części pracowników - jest nadal brakiem przeciwdziałania tej dyskryminacji i utrzymywaniem nierównego traktowania ze względu na niedopuszczalne kryterium. Dalsze zaś podwyżki wynagrodzeń pracowników traktowanych korzystniej przeczy twierdzeniu, że pracodawca we wszelki możliwy sposób dążył do wyeliminowania dyskryminacji.

Sąd Okręgowy w O. wyrokiem z dnia 22 września 2016 r. oddalił apelację powoda (skierowaną co do wysokości zasądanego odszkodowania), uwzględnił natomiast apelację pozwanego, w rezultacie zmienił zaskarżony wyrok w pkt I i powództwo oddalił.

Sąd Okręgowy podzielił ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji. Odnosząc się do sfery prawnej przywołał art. 11³ k.p., art. 18^{3a}-18^{3e} k.p. oraz art. 2 i 3 Dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.U.UE.L.2000.303.16), a także przybliżył poglądy Sądu Najwyższego w zakresie dyskryminacji.

W ocenie Sądu odwoławczego nie można zakwestionować, że pozwany do 1 kwietnia 2000 r. różnicował wysokość wynagrodzenia pracowników ochrony oraz zatrudnionych na innych stanowiskach, uznanych za porównywalne, w zależności od tego, czy dany pracownik miał obywatelstwo niemieckie, czy też nie. Zasada ta wówczas dotyczyła właściwie wszystkich pracowników Konsulatu. Mimo tej konkluzji wskazał, że istotna jest przyczyna tego różnicowania. Sprowadza się ona do stwierdzenia, że pracownicy posiadający obywatelstwo niemieckie byli wynagradzani według zasad układu zbiorowego pracy z 1973 r., zaś w stosunku do

pracowników posiadających tylko obywatelstwo polskie uznawano za dopuszczalne ustalanie warunków zatrudnienia mniej korzystnych - według przepisów prawa pracy obowiązujących w Polsce. W konsekwencji różnice pomiędzy wynagrodzeniami poszczególnych pracowników na porównywalnych stanowiskach pracy były stosunkowo duże. Ponadto pracownicy z obywatelstwem niemieckim zatrudnieni przed 1 kwietnia 2000 r. mieli niższy tygodniowy wymiar czasu pracy wynoszący 38,5 godziny tygodniowo, oraz wyższy wymiar urlopu. Takie różnice utrzymywały się przez cały okres zatrudnienia powoda - ale trzeba zaznaczyć wyłącznie względem pracowników z obywatelstwem niemieckim zatrudnionych przed 1 kwietnia 2000 r. Jak wskazywała sama strona pozwana, zasady te zostały uznane za naruszające zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu, co doprowadziło do ich zmiany. Z dniem 1 kwietnia 2000 r. zaczął obowiązywać nowy układ zbiorowy, obejmujący między innymi pracowników pozwanego, w którym w stosunku do nowych pracowników konsulatów wprowadzono jednolite zasady wynagradzania dla pracowników z obywatelstwem niemieckim i bez tego obywatelstwa. W tych okolicznościach Sąd odwoławczy podkreślił, że zróżnicowanie sytuacji zatrudnionych przed 2000 r. zostało wyjątkowo utrzymane w drodze zastosowania kryterium prawem dozwolonego, to jest zasady ochrony praw nabytych. Ta zasada została także zastosowana przy wprowadzaniu w życie nowego układu zbiorowego z 2000 r. Według Sądu odwoławczego istotą zasady ochrony praw nabytych, jest zakaz arbitralnego odbierania lub ograniczania praw, szczególnie podmiotowych (oraz ekspektatyw), które jednostka nabyła w sposób słuszny. Sąd Okręgowy zaznaczył, że zasady ukształtowane układem zbiorowym obowiązywały u pozwanego tylko do 31 marca 2000 r., a więc zostały zmienione w okresie przed przystąpieniem Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej. Doszło zatem do powstania takiej sytuacji, w której pracownicy zatrudnieni przed 1 kwietnia 2000 r. i posiadający obywatelstwo niemieckie zachowali dotychczasowe, korzystniejsze warunki wynagradzania, natomiast pracownicy zatrudnieni po tej dacie, bez względu na posiadane obywatelstwo, wykonujący pracę na porównywalnych stanowiskach otrzymują zbliżone wynagrodzenie. Nie można więc mówić, że w okresie zatrudnienia powoda wyłącznym kryterium różnicowania zasad wynagradzania pracowników pozwanego było posiadane obywatelstwo, a powód

był dyskryminowany ze względu na brak obywatelstwa niemieckiego, skoro wprawdzie istniała grupa pracowników z obywatelstwem niemieckim, których wynagrodzenie było ukształtowane w sposób korzystniejszy na zasadach obowiązujących jeszcze przed rokiem 2000, ale jednocześnie była też grupa pracowników zatrudnionych po 1 kwietnia 2000 r. na zasadach analogicznych do obowiązujących powoda, przy czym niektórzy z nich posiadali także obywatelstwo niemieckie (oraz polskie), zaś obowiązujące pozwanego regulacje zbiorowego prawa pracy nie pozwalają od roku 2000 na różnicowanie wynagrodzeń pracowników ze względu na obywatelstwo.

W konsekwencji Sąd odwoławczy uznał, że istniejące w spornym okresie różnicowanie wysokości zarobków pracowników zatrudnionych przez pozwanego na porównywalnych stanowiskach pracy, z uwagi na zasadę ochrony praw nabytych (pracowników zatrudnionych przed 1 kwietnia 2000 r.), jako dozwolone prawem kryterium różnicowania sytuacji pracowników, nie stanowiło przejawu dyskryminacji w zatrudnieniu, w stosunku do powoda w rozumieniu powołanych przepisów prawa polskiego art. 11³ k.p. i art. 18^{3a}-18^{3e} k.p. ani art. 2, art. 3 Dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r.

Skargę kasacyjną wywiódł powód, zaskarżył wyrok w całości (pkt I i II), zarzucając mu naruszenie:

1. art. 18^{3b} § 2 pkt 4 k.p. w związku z art. 6 pkt 1b dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, przez ich niezastosowanie, w tym dowolne przyjęcie przez Sąd (a to ponad twierdzenia strony pozwanej), że obiektywnym powodem różnicowania wysokości wynagrodzenia zasadniczego w grupie zatrudnionych u pozwanego na stanowisku pracownika ochrony mogły być taryfy wynagrodzeń (układy zbiorowe pracy) dyskryminujące pracowników zatrudnionych na tych samych (porównywalnych) stanowiskach, a to wobec bliżej nie sprecyzowanej przez Sąd zasady ochrony praw słusznie nabytych przez pracowników pozwanego, zatrudnionych przed rokiem 2000 w powiązaniu z układem zbiorowym obowiązującym w (...) i nie mającym zastosowania do umowy o pracę zawartej przez powoda z pozwanym;

2. art. 18³ § 1 k.p. przez jego nie zastosowanie do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego i przyjęcie że zakładowy układ zbiorowy pracy z 1973 - obowiązujący na terenie Niemiec i mający zastosowanie do pracowników zatrudnionych na terenie Niemiec oznaczonych jako tzw. „nie oddelegowani” mógł regulować kwestię wynagrodzenia pracowników pozwanego i ich równego traktowania w Polsce, oraz eskulpować pozwanego od odpowiedzialności za nierówne traktowanie;

3. art. 18^{3b} § 3 k.p. przez jego błędną wykładnię, a także nieusprawiedliwione dowodami dowolne przyjęcie, że ochrona praw słuszenie nabytych części pracowników pozwanego oraz utrzymanie po roku 2000 dotychczasowych zasad wynagrodzenia, w stosunku do nowo zatrudnionych pracowników miejscowych (nie niemieckich), mogło być kwalifikowane jako działanie zmierzające „do zmniejszenia nierówności”, wyłączające dyskryminację etniczną/ narodowościową, gdy w istocie, co wynika z dokumentów dyskryminację w tej sferze, wbrew dyrektywie 2000/78 WE i niemieckiej ustawie z dnia 14 sierpnia 2006 r. (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), tzw. AGG utrzymywało stan bezprawny, a to sprzecznie z art. 14 konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przyjętej w Rzymie 4 listopada 1950 r. oraz art. 1 protokołu 12 do w/w konwencji przyjętego w Rzymie 4 listopada 2000 r. (EKCzP);

4. art. 11³ k.p., przez uchylenie się przez Sąd Okręgowy w O. od zastosowania tego przepisu i nie rozpoznanie zarzutów powoda w sferze dyskryminacji narodowościowej w tym dowolne uznanie, że hipotetyczne naruszenie norm dyskryminacyjnych dotyczyły wyłącznie wysokości wynagrodzenia i dodatków do wynagrodzenia, to jest „kwestii socjalnych” regulowanych układami zbiorowymi pracy, a nie obywatelstwa, narodowości powoda i prawa do ochrony dóbr osobistych wskazanych art. 23 k.c., w tym prawa do „godności narodowej”;

5. art. 13 ustęp 1, w związku z art. 13 ustęp 2 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania poprzez dowolne uznanie, że prawo do odszkodowania określonego w oparciu o kryteria cywilnoprawne w zakresie roszczeń majątkowych i niemajątkowych, w tym dóbr powoda określonych art. 23 k.c., doznawać może ograniczeń wynikających z ochrony praw słuszenie nabytych w zakresie stosunków

pracy i obowiązujących u pozwanego na terenie Niemiec układów zbiorowych pracy (nieważnych zgodnie z § 7 ustawy AGG) - nie oddziałujących w żaden sposób na ochronę praw podmiotowych, w zakresie żądań pozwu;

6. art. 378 § 2 k.p.c. przez nie rozpoznanie istoty sprawy polegające na nieprawidłowym zastosowaniu norm art. 11³ k.p. oraz art. 18^{3a}-18^{3e} oraz art. 2, 3 dyrektywy 2000/78/WE i brak odniesienia się przez Sąd do współistniejących norm art. 17 w/w dyrektywy, którego to przepisu sankcyjnego Sąd, przy subsumpcji w żaden sposób nie zastosował, a tym samym nie odniósł się do cywilnoprawnych aspektów naruszonych dóbr osobistych powoda, wykraczających poza sferę „wynagrodzenia” i zabezpieczeń socjalnych;

7. art. 17 dyrektywy Rady 2000 /78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. w związku z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. ustanawiających w każdym przypadku dyskryminacji skutecznej, dolegliwej i proporcjonalnej sankcji w formie odszkodowania, poprzez oddalenie powództwa (apelacji powoda) i słusznych żądań powoda, w oparciu o nie wskazaną w/w przepisami zasadę ochrony praw słuszenie nabytych wywiedzioną zresztą w oparciu o obce i nie mające znaczenia w rozpoznawanej sprawie źródła prawa pracy, do których to zresztą, nie odwołała się strona pozwana, a to z pominięciem bezwzględnych przepisów zakazujących dyskryminacji wymienionych w pkt 3, a wynikających z (EKPCz);

8. art. 18^{3b} w związku z art. 6 k.c. i 300 k.p. przez nie zastosowanie tych przepisów oraz dowolne uznanie, iż pozwany wykazał, że zróżnicowanie wynagrodzenie według kryterium etnicznego (narodowościowego) uzasadnione jest, zasadą ochrony praw nabytych w oparciu o nieskonkretyzowany i nie dotyczący powoda zatrudnionego u pozwanego układ taryfowy z roku 1973, to jest źródło prawa nie regulujące warunków wynagrodzeń i świadczeń pracowniczych poza (...) ,a to ponad stanowisko pozwanego, który poprzez swojego przedstawiciela wskazał, że Federalny Sąd Pracy już w roku 1996 nakazał zmienić regulację dyskryminującą pracowników „oddelegowanych”, a także z pominięciem stanowiska pełnomocnika pozwanego składającego w postępowaniu odwoławczym wniosek o „zlecenie opinii biegłemu niemieckiemu w zakresie niemieckiego prawa pracy w zakresie obowiązywania układów zbiorowych pracy”, a tym samym rozpoznanie

sprawy z rażącym naruszeniem reguł „przenośnego ciężaru dowodu” obowiązującego w sprawach o dyskryminację;

9. art. 2, art. 6 ust. 1, 17 dyrektywy 2000/78 w związku z art. 28 Karty Praw podstawowych WE, a także art. 14 i art. 1 protokołu 12 (EKPCz), przez ich nie zastosowanie oraz dowolne uznanie, że obrane przez Sąd kryterium aksjologiczne, to jest abstrakcyjna ochrona praw słuszenie nabytych osób trzecich, rozciąga się ponad okres przejściowy i ograniczony w czasie oraz skutecznie niweczy prawa podmiotowe, w tym ochronę dóbr osobistych związanych między innymi z naruszeniem godności narodowej, a wyłączenie odpowiedzialności zobowiązanego pozwanego uzasadnione być może wyłącznie normą art. 2 Konstytucji RP, równorzędną zresztą do art. 8, 9, 30, 32 ust. 2, 34, 37 ust. 2, 60 Konstytucji RP (pominiętych przez Sąd);

10. art. 1105 § 2 pkt 1 i 2 k.p.c. w związku art. 4 rozporządzenia WE nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady, przez rozpoznanie sporu podlegającego wyłącznej jurysdykcji sądu polskiego i podlegającej prawu polskiemu, jako sprawy transgranicznej, z odwołaniem się przez Sąd do nie obowiązujących w RP źródeł prawa obcego.

W ocenie powoda doszło również do „pominięcia słusznej i właściwej podstawy rozstrzygnięcia sprawy przepisów art. 20, 20 ustęp 2 i 23 w związku z art. 8 rozporządzenia 44/2001 /WE oraz art. 1103⁴ § 1 k.p.c. polegające na zaniechaniu przez Sąd „*meriti*” do rozstrzygnięcia sporu jako praw właściwego prawa Rzeczypospolitej Polskiej tj. prawa państwa, w którym powód oraz osoby znajdujące się w sytuacji powoda, a zatrudnione przez pozwanego i nie oddelegowane zazwyczaj świadczył pracę w wykonaniu zawartych umów o pracę, poprzez nieuprawnione treścią w/w przepisów zastosowanie dla oceny zarzutu dyskryminacji powoda przez Sąd w sposób selektywny (bez wykładni systemowej) norm prawa obcego tj. niemieckiego, a to pomimo braku ściślejszego związku tego prawa ze stosunkiem pracy powoda i umową o pracę, którą jej strony poddały prawu polskiemu i regulacji art. 43 konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych, poprzez rozpoznanie sprawy w oparciu o „mieszany reżim prawny” jako sprawy transgranicznej, a także odwołanie się przy przywołaniu podstaw

rozstrzygnięcia do elementów obcego prawa, jedynie w części odpowiadających treści roszczenia powoda” (podstawa nr 11).

Kierując się zgłoszonymi podstawami skarżący domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku i jego zmianę przez uwzględnienie apelacji powoda, względnie przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Podstawy skargi uzasadniają uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania.

Analizując podstawy skargi kasacyjnej trudno oprzeć się wrażeniu, że skarżący nie przemyślał dokładnie wyrażanych racji. Potwierdza się ogólne stwierdzenie, że nie ilość zarzutów, ale ich jakość świadczy o zasadności środka odwoławczego. Staje się to zrozumiałe, jeśli weźmie się pod uwagę dwie okoliczności. Po pierwsze, powoływanie się na postanowienia prawa europejskiego (dyrektywy i konwencje) i normy konstytucyjne było zbyteczne, gdyż regulacje zawarte w Kodeksie pracy w pełni realizują wzorce dotyczące równego traktowania (dyskryminacji). Znaczy to tyle, że przepisy „wyższego rzędu” mogłyby zostać samoistnie naruszone tylko wówczas, gdy przepisy Kodeksu pracy byłyby z nimi niezgodne, a tak nie jest. Wyjaśnia to, że zarzut z pkt 7 i 9 nie może wpłynąć na wynik sprawy.

Po drugie, część zarzutów oparta została na błędnym założeniu albo została sformułowana w sposób niezrozumiały. Sąd Najwyższy nie jest w stanie odkodować myśli towarzyszącej Autorowi skargi kasacyjnej, która została zawarta w zarzucie nr 11. Wynika to głównie z tego, że sam opis tej podstawy trudny jest do zrozumienia. Sąd Najwyższy nie ma obowiązku domyślać się, a tym bardziej rekonstruować przekazu skarżącego. Strona reprezentowana przez pełnomocnika profesjonalnego ma bowiem obowiązek sporządzić skargę przy wykorzystaniu reguł języka polskiego, tak aby zgłoszone zarzuty były zrozumiałe dla odbiorcy. W uzupełnieniu należy wskazać, że Sąd Okręgowy nie stosował prawa niemieckiego, a to oznacza, że irracjonalne są wywody zawarte w zarzucie nr 2 i 10.

W rozpoznawanej sprawie występują dwa problemy. Pierwszy z nich sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy praktyka pozwanego opisana w niespornym stanie faktycznym może zostać zakwalifikowana jako dyskryminacja w

rozumieniu art. 18^{3a} § 1 k.p. i art. 11³ k.p. Problem ten dostrzegł skarżący w skardze kasacyjnej, odniósł się również do niego Sąd Okręgowy. Drugi, polega na przesądzeniu czy Sąd związany jest preferowaną przez stronę podstawą prawną. Ma to znaczenie, jeśli uwzględni się, że powód domagał się odszkodowania z racji nierównego traktowania w zatrudnieniu, a Sądy (Rejonowy i Okręgowy) zbadały jego roszczenie tylko z pozycji dyskryminacji. Z kolei sam powód dostrzega w skardze kasacyjnej, że zastosowanie mogły mieć również inne podstawy prawne. Wymienia jednak tylko przepisy dotyczące dóbr osobistych, milczeniem pomija jednak mogące mieć w sprawie zastosowanie normy przeciwdziałające nierównemu traktowaniu (art. 11² k.p. i związany z nim art. 471 k.c.).

Wskazane wątki wyznaczają dalsze rozważania. Koncentrując uwagę na pierwszym z nich trzeba odwołać się do uwagi zawartej w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2018 r., II PK 22/17 (OSNP 2019 nr 1, poz. 1). Odnosząc się do zasady równego traktowania w zatrudnieniu (a nie do dyskryminacji) stwierdził, że zaszłości historyczne nie mogą stanowić uzasadnionej przyczyny zróżnicowania wynagrodzeń w sytuacji, gdy pracodawca pozostawał przez większość czasu bierny i nie dążył do wyrównania wynagrodzeń. Myśl ta jest trafna, nie znaczy to jednak, że ma zastosowanie w przypadku dyskryminacji.

W rozpoznawanej sprawie ustalono, że do dnia 1 kwietnia 2000 r. pracodawca dyskryminował pracowników ze względu na posiadane obywatelstwo. Po tej dacie ujednolicił wysokość wynagrodzenia, przy czym zasada ta miała zastosowanie tylko do nowozatrudnionych pracowników (do których należał powód). Jeśli się spojrzy na tę sekwencję zdarzeń „oczyma” pracodawcy, to można stwierdzić, że pozwanemu od granicznej zmiany nie towarzyszył zamiar dyskryminowania. Aspekt podmiotowy nie jest jednak decydujący. Z przedmiotowego punktu widzenia nie sposób bowiem uznać, że od 1 kwietnia 2000 r. aspekt obywatelstwa nie odgrywał żadnego znaczenia. Wprawdzie pozwany nie kierował się już tym czynnikiem, jednak nie przedsięwziął żadnych działań zmierzających do wyrównania sytuacji płacowej. W tym znaczeniu utrzymywał stan, w którym nie mający obywatelstwa niemieckiego pracownicy nadal zarabiali mniej niż część zatrudnionych mający to obywatelstwo. Prezentacja

ta ma jednej cel. Chodzi o przesądzenie, czy utrzymywanie „zaszłości dyskryminacyjnej” może być zakwalifikowane z art. 18^{3a} § 1 k.p.

Odpowiedz na to pytanie możliwa jest po dokonaniu wykładni wspomnianego przepisu. Wcześniej trzeba jednak zwrócić uwagę, że ochrona w nim zawarta koresponduje z aspektem temporalnym, na którym zbudowano umowę o pracę. Więż ta polega na rozłożeniu w czasie świadczeń obu stron. Pracownik zobowiązuje się do świadczenia pracy w określonym albo nieokreślonym czasie, a pracodawca do sukcesywnego wypłacania wynagrodzenia. Analizując art. 18^{3a} § 1 k.p. nie ma wątpliwości, że nakaz („powinni być”) równego traktowania nie ma charakteru punktowego, ale dotyczy całego przebiegu zatrudnienia. Dlatego w przepisie posłużono się sekwencją zdarzeń. Mowa jest bowiem o nawiązaniu stosunku pracy, obowiązujących warunkach zatrudnienia, awansowaniu, dostępie do szkoleń i o rozwiązaniu więzi pracowniczej. Znaczy to tyle, że pracownik na każdym etapie trwania umowy (a nawet jeszcze przed jej nawiązaniem) nie może być dyskryminowany. Wskazany czynnik temporalny sprawia, że obowiązek pracodawcy należy postrzegać ekstensywnie. Punktem odniesienia nie jest moment zatrudnienia konkretnego pracownika, ale utrzymywanie warunków, które nawiązują do zakazanych kryteriów. W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z art. 11³ k.p. zabroniona jest „jakakolwiek” dyskryminacja. Zwrot ten nie odnosi się tylko do podziału na dyskryminacje pośrednią i bezpośrednią, można bowiem przyjąć, że wskazuje również na dyskryminację „częściową”, to jest taką, która polega na utrzymywaniu oddziaływania zabronionego kryterium, choćby nie dotyczyło ono wszystkich zatrudnionych (identyczne wnioski płyną z art. 18^{3a} § 2 k.p.). Przypadek ten występuje w rozpoznawanej sprawie. Niepodjęcie żadnych działań zmierzających do wyrównania poziomu płac, a wręcz przeciwnie utrzymywanie go przez podnoszenie wynagrodzeń pracownikom wyróżnionym (na co trafnie zwrócił uwagę Sąd Rejonowy) może świadczyć o dyskryminacji szczególnie, jeśli stan taki utrzymuje się przez wiele lat. Dodać do tego wypada, że omawiany przepis nie odwołuje się do przeżyć psychicznych pracodawcy (osób odpowiedzialnych za dokonywanie czynności z zakresu prawa pracy w imieniu pracodawcy). Oznacza to, że aspekt winy, woli, czy też zamiarów pracodawcy jest indyferentny dla odpowiedzialności pracodawcy. Znaczenie ma tylko istniejący stan

rzeczy, który określany jest jak dyskryminacja. Znaczy to tyle, że decydujące znaczenie należy przypisać stronie przedmiotowej, a nie podmiotowej.

Nie zmieniając wątku rozważań, konieczne jest przypomnienie, że pomijając wnioski płynące z terminu „jakakolwiek” (o którym mowa w art. 11³ k.p. i art. 18^{3a} § 2 k.p.), stan faktyczny sprawy może zostać zakwalifikowany jako dyskryminacja pośrednia. Zgodnie z art. 18^{3a} § 4 k.p. istnieje ona wtedy, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn określonych w § 1, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

W świetle tego przepisu „pozornie neutralnym kryterium” jest data zatrudnienia, która sprawia, że posiadanie niemieckiego obywatelstwa przez zatrudnionych przed 1 kwietnia 2000 r. wywołuje „niekorzystne dysproporcje” w zakresie wysokości wynagrodzenia za tę samą pracę. Ważne jest, że według przepisu efekt ten nie musi dotyczyć wszystkich, ale również „znacznej liczby” pracowników, którzy zostali wyróżnieni ze względu na kryterium dyskryminacyjne (w tym wypadku wyłącznie obywatelstwo polskie). W orzecznictwie podkreśla się, że w przypadku dyskryminacji pośredniej na przeciwstawnych pozycjach nie są indywidualne osoby (jak w przypadku dyskryminacji bezpośredniej - art. 18^{3a} § 3 k.p.), lecz grupa osób znajdująca się w uprzywilejowanej pozycji i grupa osób znajdujących się w niekorzystnej sytuacji z uwagi na to, że formalnie zastosowane postanowienie, kryterium lub praktyka nie uwzględniają faktu, iż przedstawiciele obu tych grup znajdują się w różnej sytuacji faktycznej, co w rezultacie prowadzi do odmiennych i niekorzystnych dla jednej z tych grup skutków. Inaczej rzecz ujmując, o ile dyskryminacja bezpośrednia polega na stosowaniu różnych zasad do porównywalnych sytuacji, to dyskryminacja pośrednia wynika z zastosowania tej samej zasady do różnych sytuacji. Dlatego dla ustalenia istnienia dyskryminacji

pośredniej stosowane są dwa kryteria: kryterium zbiorowości oraz kryterium skutku regulacji. To pierwsze rozstrzyga, jakiej grupy wyróżnionej z uwagi na zakazane kryterium dotyczy regulacja mogąca być uznana za dyskryminującą, drugie natomiast pozwala na określenie, jaki wpływ wywiera dane postanowienie na tę grupę (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2008 r., II PK 292/07, OSNP 2009 nr 19-20, poz. 259 i z dnia 12 maja 2011 r., II PK 276/10, OSNP 2012 nr 13-14, poz. 164).

Znając te reguły staje się jasne, że pracownicy zatrudnieni przed 1 kwietnia 2000 r. mają znacząco wyższe wynagrodzenie nie ze względu na datę zatrudnienia, ale ze względu na to, że posiadają niemieckie obywatelstwo. Powód natomiast bez względu na to, czy zostałby zatrudniony u pozwanego przed, czy po tej dacie miałby i tak niższe wynagrodzenie.

Pozostając jeszcze przy art. 18^{3a} § 4 k.p., pewne jest, że koncepcja praw nabytych, na którą powołuje się Sąd Okręgowy, nie jest czynnikiem sprawiającym, że wskazane „kryterium” nie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel. Problematyczne bowiem pozostaje, czy kategoria praw nabytych ma zastosowanie do postanowień umownych. Kodeks pracy reguluje ten aspekt w inny sposób. Semiimperatywność norm prawa pracy, a także swoboda kontraktowa stron, sprawiają, że dopuszczalne są postanowienia umowne korzystniejsze od tych określonych w przepisach prawa pracy. W rozpoznawanej sprawie dysproporcje wynagrodzenia mają źródło wyłącznie w postanowieniach umownych - pracownicy z obywatelstwem niemieckim zatrudnieni przed 1 kwietnia 2000 r. nie wywodzą swojego prawa do wynagrodzenia z polskich, czy niemieckich aktów prawnych. Ma to znaczenie jeśli weźmie się pod uwagę, że zobowiązania stypulacyjne nie podlegają regułom ochronnym zachodzącym w sferze normatywnej. Umowę o pracę można zmienić przy wykorzystaniu dostępnych rozwiązań prawnych (na przykład za porozumieniem stron albo przez wypowiedzenie jej warunków). Oznacza to, że reguła poszanowania praw nabytych nie ma w tym wypadku zastosowania. Można co najwyżej mówić o wiążących strony postanowieniach umownych, które obowiązują do czasu ich zmiany.

Sumą tych rozważań jest teza, że utrzymywanie przez pracodawcę różnic płacowych mających swoje źródło w rodzaju obywatelstwa pracownika stanowi zachowanie dyskryminujące.

Konstatacja ta znajduje potwierdzenie w przepisach prawa europejskiego. Zasada równości praw (zakazu dyskryminacji) obowiązuje w polskim systemie prawnym na mocy Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.), która ma pierwszeństwo przed ustawą (art. 91 ust. 2 Konstytucji RP). Według 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. W oparciu o tę normę Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) wypracował utrwaloną wykładnię, według której różnice w traktowaniu pracowników stanowią dyskryminację, jeśli nie istnieje obiektywne i rozsądne uzasadnienie takiego rozróżnienia - orzeczenia ETPC: z dnia 21 lutego 1997 r., skarga nr 20060/92, w sprawie *Van Raalte przeciwko Holandii*, RJD 1997-I (M.A. Nowicki, s. 1487); z dnia 27 marca 1998 r. w sprawie *Petrovic przeciwko Austrii*, skarga nr 20458/92, RJD 1998-II (M.A. Nowicki, s. 1490); z dnia 18 lutego 1999 r. w sprawie *Larkos przeciwko Cyprowi*, skarga nr 29515/95; z dnia 6 kwietnia 2000 r., w sprawie *Thlimmenos przeciwko Grecji*, skarga nr 34369/97, LexPolonica nr 399153. Omawiana zasada wynika również z prawa Unii Europejskiej. W tym zakresie należy w pierwszej kolejności wskazać na art. 141 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, a następnie na liczne dyrektywy dotyczące bardziej szczegółowych regulacji dotyczących równego traktowania w zatrudnieniu. Należy uznać za utrwalony w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (TSUE) pogląd, że nie dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania (zakazu dyskryminacji), jeżeli wybrane środki (przepisy) odzwierciedlają uzasadniony cel polityki społecznej oraz są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia tego celu (wyrok ETS z dnia 14 grudnia 1995 r., C-444/93, w sprawie *Ursula Megner i Hildegarda Scheffel przeciwko Innungskrankenkasse Vorderpfalz*; z dnia 9 lutego 1999 r., C-167/97, w sprawie *The Queen przeciwko*

Secretary of State for Employment; z dnia 14 września 1999 r., C-249/97, w sprawie *Gabriele Gruber przeciwko Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG*; z dnia 11 stycznia 2000 r., C-285/98, w sprawie *Tanja Kreil przeciwko Niemcom*, (Przegląd Sejmowy 2001 nr 5, s. 137); z dnia 6 czerwca 2000 r., C-281/98, w sprawie *Roman Angonese przeciwko Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, ECR 2000, s. I-04139; z dnia 6 lipca 2000 r., C-407/98, w sprawie *Katarina Abrahamsson i Leif Anderson przeciwko Elisabet Fogelqvist*, LEX nr 82937; z dnia 26 czerwca 2001 r., w sprawie *Susanna Brunnhofer przeciwko Bank der osterreichischen Postsparkasse AG*, C-381/99, LEX nr 83329; z dnia 27 maja 2004 r., C-285/02, w sprawie *Edeltraud Elsner-Lakeberg przeciwko Land Nordrhein-Westfalen*, Dz.U. C 247 z 12.10.2002; z dnia 9 grudnia 2004 r., C-19/02, w sprawie *Viktor Hlozek przeciwko Roche Austria Gesellschaft mbH*, Dz.U. C 109 z 04.05.2002; z dnia 10 marca 2005 r., C-196/02, w sprawie *Vasiliki Nikoloudi przeciwko Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Dz.U. C 169 z 13.7.2002; z dnia 21 lipca 2005 r., C-207/04, w sprawie *Paolo Vergani przeciwko Agenzia delie Entrate, Ufficio di Arona*, Monitor Prawniczy 2005 nr 3 - dodatek). Mając na uwadze wskazane wnioski, należy stwierdzić, że koncepcja „praw nabytych”, na którą powołał się Sąd Okręgowy, nie stanowi zmiennej uzasadniającej nierówne traktowanie (dyskryminację) pracowników w zakresie wynagrodzenia szczególnie, gdy nierówność utrzymywana jest przez wiele lat, a pracodawca nie przejawia żadnej inicjatywy, aby sytuację tę zmienić.

Zakładając nawet, że omawiane kryterium ma charakter „obiektywny”, należy wskazać, iż zgodnie z art. 18^{3a} § 4 k.p. uwolnienie się od zarzutu dyskryminacji pośredniej nie jest możliwe bez wykazania, że środki służące do osiągnięcia celu zgodnego z prawem były właściwe i konieczne. Nie jest pozbawione racji twierdzenie, że warunki te są tożsame z wymogiem „proporcjonalności” działań, o której stanowi art. 18^{3b} § 2 k.p. Aspekt dotyczący „właściwości” środków konweniuje ze związkiem przyczynowym zachodzącym między realizowanym środkiem a zamierzonym celem. Z kolei kryterium „konieczności” koreluje z wartościowaniem środków prowadzących do osiągnięcia celu zgodnego z prawem. „Konieczny” środek to taki, który nie może być zastąpiony innym w mniejszym stopniu naruszającym zasadę równości. Oznacza to, że pozwany chcąc uwolnić się od

zarzutu dyskryminacji pośredniej powinien wykazać, że utrzymywanie znaczących dysproporcji w zakresie wynagrodzeń podyktowane było zgodnym z prawem celem, a środki służące do jego osiągnięcia były właściwe i konieczne. Z pewnością argument odwołujący się do praw nabytych nie wypełnia tych przesłanek.

Nie zmieniając wątku, a odnosząc się do stanowiska Sądu Okręgowego (który aspekt praw nabytych podniósł jako wykluczający dyskryminację), należy zwrócić uwagę na art. 18^{3b} § 2-4 k.p. Wynika z tych przepisów, że odpowiedzialność za doprowadzenie do stanu nierówności w zatrudnieniu nie ma charakteru bezwzględnego. Zróżnicowanie sytuacji pracownika jest dopuszczalne, gdy pracodawca kierował się obiektywnymi powodami. Biorąc pod uwagę systematykę przepisów o dyskryminacji, staje się pewne, że art. 18^{3b} § 2 – 4 k.p., precyzuje zakres znaczeniowy pojęcia „obiektywne powody”, o którym mowa w art. 18^{3b} § 1 k.p. Nie ma wątpliwości, że ziszczenie się okoliczności wskazanych w komentowanych przepisach jest równoznaczne z nienaruszeniem zasady równego traktowania, mimo, że sytuacja pracowników pozostanie zróżnicowana (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 23 października 1996 r., I PRN 94/96, OSNAPiUS 1997 nr 8, poz. 131 i z dnia 10 września 1997 r., I PKN 246/97, OSNAPiUS 1998 nr 12, poz. 360). Oznacza to, że ustawodawca dopuszcza istnienie nierówności. Komentowane przepisy korygują zatem podstawową zasadę prawa pracy wyrażoną w art. 11² k.p. Ważne jest jednak, że przepisy doprecyzowujące pojęcie „obiektywnych powodów” wskazują na dwa niezależne czynniki, które muszą zaistnieć kumulatywnie. Po pierwsze, podkreślają wymóg działania proporcjonalnego. Oznacza to, że obiektywne różnicowanie sytuacji pracowników ma miejsce jedynie wówczas, gdy występuje parytet między działaniem pracodawcy polegającym na dezintegrowaniu sytuacji pracowników a zgodnym z prawem celem różnicowania. Wydaje się, że weryfikatorem tej zależności jest postulat dokonywania dywersyfikacji pozycji prawnej pracowników tylko w przypadkach, gdy przemawiają za tym cechy lub okoliczności relewantne. Tak rozumiana potrzeba wyznacza granice zróżnicowania sytuacji pracowników. Po drugie, ustawodawca określa obszary lub powody, które mogą prowadzić do faktycznej nierówności. Ich wymienienie zostało dokonane w sposób wyczerpujący. Dlatego niedopuszczalne jest rozszerzanie tego katalogu. Mając na uwadze tę

konstatację, staje się jasne, że podnoszona przez Sąd Okręgowy wartość jaką jest zasada ochrony dóbr nabytych, nie wyklucza wystąpienia dyskryminacji.

Przedstawione racje sprawiają, że zaskarżony wyrok narusza przywołane a skardze kasacyjnej art. 18^{3b} § 2 pkt 4 k.p. (zarzut nr 1) i art. 11³ k.p. (zarzut nr 4), choć nie w taki sposób jak to widzi skarżący.

Przechodząc do drugiego z przedstawionych na wstępie wątków, trzeba wskazać, że nie jest trafny pogląd, zgodnie z którym to na stronie spoczywa obowiązek wskazania podstawy prawnej roszczenia. Dotyczy to również sytuacji, gdy jest ona reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika. W orzecnictwie utrwalony jest pogląd, że pracownik lub pracodawca w procesie sądowym ma wskazać podstawę faktyczną sprecyzowanego roszczenia. Ocena podstawy prawnej należy do sądu (*iura novit curia*). Jeżeli z powołanych w pozwie okoliczności faktycznych wynika, że roszczenie jest uzasadnione w całości, bądź w części, to należy je w takim zakresie uwzględnić, chociażby powód nie wskazał podstawy prawnej albo przytoczona przez niego podstawa okazała się błędna. Rolą sądu jest rozważenie wszystkich możliwych podstaw prawnych mogących mieć zastosowanie w granicach zakreślonego żądania, przy uwzględnieniu wskazanego stanu faktycznego (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 23 lipca 2009 r., II PK 25/09, LEX nr 533082; z dnia 4 stycznia 2008 r., I PZP 9/07, OSNP 2008 nr 13–14, poz. 185; z dnia 6 czerwca 2007 r., II PK 318/06, OSNP 2008 nr 23–24, poz. 344; z dnia 11 kwietnia 2006 r., I PK 169/05, OSNP 2007 nr 7–8, poz. 93; z dnia 7 marca 2006 r., I PK 146/05, OSNP 2007 nr 5–6, poz. 67; z dnia 9 września 2004 r., I PK 659/2003, OSNP 2005 nr 10, poz. 139; z dnia 29 lipca 2003 r., I PK 270/02, OSNP 2004 nr 16, poz. 281; z dnia 23 stycznia 2002 r., I PKN 786/00, OSNP 2004 nr 2, poz. 30). Wezwanie strony do wskazania podstawy prawnej żądania ma jedynie skutek porządkowy, przy czym podanie przez nią określonego przepisu prawa materialnego nie oznacza, że sąd jest zwolniony z obowiązku poszukiwania innych podstaw prawnych. Dodać do tego należy, że jeśli w okolicznościach faktycznych sprawy sąd stwierdza zasadność żądania powoda z innej podstawy prawnej niż wskazana, to powinien je uwzględnić z tej innej podstawy, przy czym powinien zwrócić uwagę stronom i umożliwić im wypowiedzenie się w tej kwestii (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 września 2002 r., III CKN 829/00, LEX nr 55566;

z dnia 18 marca 2005 r., II CK 556/04, OSNC 2006 nr 2, poz. 10; z dnia 6 grudnia 2006 r., IV CSK 269/06, LEX nr 233045; z dnia 27 maja 2007 r., V CSK 25/07, LEX nr 320035; z dnia 10 lipca 2007 r., I CSK 144/07, LEX nr 469991; z dnia 20 lutego 2008 r., II CSK 449/07, LEX nr 442515; z dnia 25 kwietnia 2008 r., II CSK 613/07, LEX nr 420867; z dnia 16 września 2009 r., II CSK 189/09, LEX nr 564981; z dnia 16 czerwca 2010 r., I CSK 476/09, LEX nr 737242; z dnia 29 czerwca 2010 r., I PK 33/10, LEX nr 1086522; z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10, LEX nr 738545; z dnia 1 kwietnia 2011 r., III CSK 220/10, LEX nr 1129119; z dnia 12 maja 2011 r., II PK 277/10, LEX nr 865951; z dnia 2 grudnia 2011 r., III CSK 136/11, LEX nr 1131125; z dnia 19 marca 2012 r., II PK 175/11, LEX nr 1164729; z dnia 16 listopada 2012 r., III CSK 73/12, LEX nr 1293965; z dnia 5 grudnia 2013 r., V CSK 33/13, LEX nr 1438656; z dnia 25 czerwca 2015 r., V CSK 612/14, LEX nr 1771393; z dnia 20 stycznia 2016 r., I PK 32/15, LEX nr 1977917 i z dnia 30 września 2016 r., I CSK 644/15, LEX nr 2147274).

Przywołanie tej reguły było potrzebne, gdyż Sąd Okręgowy zbadał sprawę powoda tylko z pozycji roszczeń znajdujących podstawę prawną w dyskryminacji, pominał całkowicie inne możliwości. Do aspektu tego nawiązał skarżący wskazując w skardze kasacyjnej na możliwość oceny żądania z racji naruszenia dóbr osobistych (zarzut nr 4 i 5). W tym tylko znaczeniu można mówić o uchybieniu art. 23 k.c.

Nie można w tym miejscu przemilczeć, czego nie dostrzega skarżący, a do czego nie odniósł się również Sąd Okręgowy, że fakty przytoczone przez powoda mogą uzasadniać roszczenie wywodzone z art. 11² k.p. w związku z art. 471 k.c. i art. 300 k.p. Zakładając, że w sprawie nie doszło do dyskryminacji, poza sporem pozostaje, że pracownicy pozwanego nie byli równo traktowani w zakresie wynagradzania. Oznacza to, że prawo do odszkodowania może wynikać również z przywołanych przepisów na co wielokrotnie zwracał uwagę Sąd Najwyższy (przykładowo wyroki: z dnia 18 września 2014 r., III PK 136/13, LEX nr 1554335 i z dnia 17 kwietnia 2018 r., II PK 37/17, LEX nr 2509625).

Z obowiązku należy dodać, że zarzut opisany w pkt 3 charakteryzuje się niespójnością między podstawą prawną a opisem naruszenia. Przepis art. 18^{3b} § 3 k.p. dotyczy specyficznej sytuacji. Odnosi się do działań zmierzających do

„wyrównywania szans” przez zmniejszenie na korzyść pracowników „faktycznych nierówności”. Oznacza to, że przepis ten usprawiedliwia działania podjęte przez pracodawcę, które obliczone są na wzmocnienie sytuacji faktycznej i prawnej pracowników należących do grupy potencjalnie słabszej ze względu na określoną cechę, mogącą być powodem dyskryminacji. Postępowanie to, choć formalnie mogłoby wypełniać znamiona nierównego traktowania w zatrudnieniu, ze względu na przyporządkowany mu cel, nie stanowi jednak naruszenia zasady wyrażonej w przepisie art. 11³ k.p. Wymaga podkreślenia, że działania pracodawcy muszą mieć charakter epizodyczny. Miarą „określonego czasu” ich stosowania jest skuteczność realizacji wyrównywania szans. Charakterystyka ta, po pierwsze, całkowicie nie pasuje do opisu podstawy skargi kasacyjnej zaprezentowanej przez skarżącego, a po drugie, działania tego rodzaju nie miały miejsca w rozpoznawanej sprawie. Oznacza to, że nie mogło dojść do naruszenia tego przepisu. Identyczne konkluzje dotyczą zarzutu nr 8. Analizując wywody w nim zawarte należy dojść do przekonania, że skarżący nie rozumie na czym polega rozkład ciężaru dowodu. Poza tym rzeczonym czynnikiem nie kierował się Sąd Okręgowy, nie mogło zatem dojść do uchybienia art. 18^{3b} k.p. w związku z art. 6 k.c. i art. 300 k.p.

Kierując się przedstawionymi racjami, Sąd Najwyższy zgodnie z art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. i art. 108 § 2 k.p.c. orzekł jak w sentencji.